

Ensidig avsløring av konkurransesensitiv informasjon og samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10.

Kandidatnummer: 573

Leveringsfrist: 25. april 2013

Antall ord: 17 510



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Problemstilling.....	1
1.2	Rettskilder	2
1.3	Grunnvilkår	3
1.3.1	Fritak	4
1.3.2	Rettsvirkninger	5
1.4	Avgrensninger.....	5
2	AVTALE- OG SAMORDNINGSKRITERIET	6
2.1	Avtalekriteriet.....	6
2.2	«Samordnet opptreden»	7
2.2.1	Innledning.....	7
2.2.2	De tre grunnvilkårene i begrepet «samordnet opptreden».....	7
2.2.3	Samordningskriteriet: Kravet til felles forståelse basert på kontakt	8
2.2.4	Kan det utledes et forpliktelseskrav av samordningskriteriet?	13
2.2.5	Hva er de sentrale forskjellene mellom avtale- og samordningskriteriet? ...	14
2.3	Forskjeller mellom avtalekriteriet i vertikale forhold og ensidig informasjonsutveksling som «samordnet opptreden» i horisontale forhold – betydningen av tilbud og aksept	15
3	FORHOLDET MELLOM SAMARBEIDSKRITERIET OG KONKURRANSEBEGRENSNINGSKRITERIET VED ENSIDIG INFORMASJONSUTVEKSLING	18
3.1	Innledning.....	18
3.2	Når har en ensidig informasjonsutveksling et konkurransebegrensende formål, og når må det foretas en virkningsvurdering?	21

3.3	Hvilke faktorer bidrar til samarbeid mellom konkurrenter? Når er en informasjonsutveksling egnet til å redusere usikkerheten rundt konkurrentenes fremtidige atferd?	25
3.3.1	Betydningen av hva slags informasjon som er avslørt og hvem informasjonen er avslørt overfor	25
3.3.2	Markedets struktur	29
4	SAMARBEIDSKRITERIET OG PRIVAT AVSLØRING AV KONKURRANSESENSITIV INFORMASJON TIL KONKURRENTER.....	30
4.1	Innledning.....	30
4.1.1	Kreves det bevis for motytelse til den som gir fra seg informasjonen?	31
4.2	Nærmere om passivt mottak av konkurransesensitiv informasjon fra konkurrenter	32
4.3	Kravet til å ta avstand	38
5	KRAV TIL ÅRSAKSSAMMENHENG MELLOM SAMORDNINGEN OG ATFERDEN PÅ MARKEDET	40
5.1	Innledning.....	40
5.2	Kommer bevispresumsjonen til anvendelse ved informasjonsutveksling ved en enkelt anledning? Hvordan kan mottakeren stole på informasjonen fra konkurrentene?.....	41
5.3	Hva skal til for å motbevise bevispresumsjonen om årsakssammenheng?.....	44
5.4	Er nasjonale domstoler forpliktet til å anvende bevispresumsjonen? Forholdet til EMK artikkel 6 (2)	45
6	SAMORDNINGSKRITERIET OG OFFENTLIG AVSLØRING AV KONKURRANSESENSITIV INFORMASJON.....	48
6.1	Innledning.....	48
6.2	Når kan offentliggjøring av konkurransesensitiv informasjon bevise samordnet opptreden?	49

1

Innledning

1.1 Problemstilling

Konkurranseloven¹ § 10 oppstiller et forbud mot konkurransebegrensende samarbeid basert på «avtale», «samordnet opptreden» og «enhver beslutning» truffet av sammenslutninger av foretak. Prisavtaler og markedsdelingsavtaler mellom konkurrenter er alvorlige brudd på konkurransereglene. Derimot er parallell opptreden som er en følge av markedets naturlige gjennomsiktighet ikke ulovlig², selv om resultatet i økonomisk forstand kan bli det samme som ved en konkurransebegrensende avtale.³ Mellom disse ytterpunktene kan foretakene sette i gang en rekke tiltak for å redusere usikkerheten i markedet og bidra til løsere samarbeidsformer.⁴ Dette inkluderer blant annet utveksling av konkurransesensitiv informasjon mellom konkurrenter og offentlig avsløring av planlagt markedsopptreden. EU-domstolen har en rekke ganger uttalt at foretakene har en grunnleggende plikt til å opptre uavhengig på markedet.⁵ En genuint ensidig avsløring av informasjon som konkurrentene verken har bedt om, eller eksplisitt eller stilltiende akseptert, rammes imidlertid ikke av samarbeidskriteriet i konkurranseloven § 10.⁶ Begrepene «avtale» og «samordnet opptreden» forutsetter både etter sin ordlyd og etter rettspraksis en viss grad av gjensidighet. Oppgavens problemstilling er å vurdere hvilke faktorer som etter rettspraksis er avgjørende for å trekke grensen mellom bevisst koordinering og ensidig atferd ved avsløring av konkurransesensitiv informasjon.

¹ Lov 5. mars 2004 nr. 12.

² Forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö mfl mot Kommissjonen.

³ OECD (2012) s. 19.

⁴ I.c. og Odudu (2006) s. 82.

⁵ Se for eksempel forente saker C-40/73 etc., Suiker Unie mfl mot Kommissjonen, premiss 173.

⁶ Forente saker T-25/95 etc., Cimenteries mot Kommissjonen, premiss 1849 og 1850.

Generelt kan det skilles mellom informasjonsutveksling som er en del av et overgripende kartellsamarbeid og informasjonsutveksling som er en selvstendig overtredelse.⁷ Alle karteller er ustabile, ettersom deltakerne har incentiver til å jukse for å oppnå fordeler på andres bekostning.⁸ Informasjonsutveksling er derfor ofte et nødvendig element i et velfungerende kartell.⁹ Informasjonsutveksling som er en del av et kartellsamarbeid, vurderes som en del av kartellsamarbeidet.^{10, 11} I denne oppgaven vil jeg hovedsakelig rette oppmerksomheten på når en ensidig avsløring av informasjon kan anses som en «avtale» eller «samordnet opptreden».

1.2 Rettskilder

Konkurranseloven § 10 er utformet med EØS-avtalen¹² artikkel 53 som modell og skal ifølge forarbeidene tolkes på bakgrunn av EFTA-domstolens praksis etter EØS-avtalen artikkel 53 og EU-domstolens og Førsteinstansrettens praksis etter artikkel 101 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (heretter «TFEU»^{13, 14}). Forarbeidene fant imidlertid grunn til å fremheve at en harmonisering «ikke uten videre [innebærer] at norske myndigheters praksis i alt og ett vil måtte bli identisk med praksis i EU og EØS», og at «ulikheter

⁷ Kolstad mfl (2006) s. 431.

⁸ Lévêque, (2007) s. 232.

⁹ l.c.

¹⁰ Sak T-334/94 Sarrió SA mot Kommisjonen, premiss 153.

¹¹ Retningslinjer, punkt 59.

¹² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), 2. mai 1992. Hoveddelen av EØS-avtalen er gjort til norsk lov ved lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven), 27. november 1992 nr. 109.

¹³ EF-traktaten fikk ny tittel da Lisboa-traktaten trådte i kraft i 2009. Betegnelsen er nå «the Treaty on the Functioning of the European Union», jf. Lisboa-traktaten artikkel 2 nr. 1 V. I den forbindelse byttet artikkel 81 nummer til artikkel 101. Bestemmelsens ordlyd er imidlertid likelydende med tidligere artikkel 81.

¹⁴ NOU-2003-12. Ny konkurranselov, punkt 4.3.1.

når det gjelder reglens formål og oppbygning og rettskildesituasjonen [vil] kunne spille inn».¹⁵

I oppgaven vil det gjennomgående bli vist til Kommisjonens horisontale retningslinjer. Disse inneholder nå et eget kapittel om informasjonsutveksling.¹⁶ Selv om retningslinjene formelt sett ikke er bindende,¹⁷ vil de likevel ha vekt i kraft av sin argumentasjonsverdi og systematisering av EU-domstolens og Førsteinstansrettens praksis.

1.3 Grunnvilkår

Det er fire vilkår for at man skal kunne rammes av forbudet i konkurranseloven § 10. For det første må det foreligge et samarbeid mellom to eller flere uavhengige «foretak». For det andre må samarbeidet være basert på enten «avtale», «samordnet opptreden» eller «enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak». For det tredje må samarbeidet ha til «formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen». For det fjerde må konkurransen begrenses *merkbart* for at den skal rammes av artikkel 101 TFEU. Det sistnevnte vilkåret er et ulovfestet vilkår innfortolket av EU-domstolen.¹⁸ Tilsvarende merkbarhetskrav må innfortolkes i konkurranseloven § 10.^{19, 20}

I tillegg krever artikkel 101 TFEU og EØS-avtalen artikkel 53 at samarbeidet «kan påvirke handelen mellom avtalepartene». Vilåret fremgår imidlertid ikke av konkurranseloven §

¹⁵ I.c

¹⁶ Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements' [2011] OJ C 11/1, heretter «retningslinjer», kapittel 2.

¹⁷ Retningslinjer, punkt 16.

¹⁸ Sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH.

¹⁹ Jf. NOU-2003-12, s. 229 og Ot.prp nr. 6 (2003–2004), s. 225.

²⁰ Se Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS avtalens artikkel 53 nr. 1 (de minimis). 2003/EØS/15/03. Tilsvarende Kommisjonens bagatellmeddelelse, EFT 2001/C 368/07.

10. Det kan kort bemerkes at det er tilstrekkelig at virkningen på samhandelen er «direkte eller indirekte, aktuell eller potensiell».²¹

1.3.1 Fritak

Det er ikke all informasjonsutveksling mellom konkurrenter som er skadelig for konkurransen. Tvert imot vil informasjonsutveksling i mange tilfeller føre til effektivitetsgevinster for samfunnet²² og kunne føre til at konkurrentene konkurrerer mer intenst.²³ Utveksling av informasjon om teknologiske løsninger kan eksempelvis være nødvendig for å oppnå et legitimt formål som kommer forbrukerne til gode. Konkurranseloven § 10 tredje ledd fastsetter derfor at et konkurransebegrensende samarbeid som rammes av forbudet i første ledd, likevel vil være lovlig hvis fire kumulative vilkår er oppfylt. Samarbeidet må bidra til å «bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling», samtidig som forbrukerne sikres en «rimelig andel» av de fordelene som oppnås. I tillegg må det aktuelle samarbeidet ikke «pålegge vedkommende foretak restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål» eller gi foretakene mulighet til å «utelukke konkurranse for en vesentlig del av de varer det gjelder». I retningslinjene uttaler Kommisjonen at privat utveksling av informasjon om individuelle data om fremtidig atferd generelt sett er usannsynlig å oppfylle vilkårene i 101 (3) TFEU, «especially if it is related to prices and quantities».²⁴ Ved offentlig avsløring av slik informasjon vil det imidlertid være relevant å vurdere forholdet etter artikkel 101 (3) TFEU, ettersom en offentliggjøring eksempelvis være nyttig for kunder.

For enkelte typer samarbeid – eksempelvis forsknings- og utviklingsavtaler – er det gitt gruppefritak i medhold av konkurranseloven § 10 fjerde ledd.

²¹ Sak 42/84, Remia mot Kommisjonen, premiss 22.

²² Se eksempler i retningslinjer, punkt 95–104.

²³ Retningslinjer, punkt 97.

²⁴ Retningslinjer, punkt 101.

1.3.2 Rettsvirkninger

Avtaler i strid med konkurranseloven § 10 er ugyldige og kan dermed ikke påberopes av partene. Når konkurranseloven § 10 er overtrådt, kan Konkurransetilsynet påby at den ulovlige atferden oppfører etter § 12, og/eller ilegge overtredelsesgebyr etter § 29. Overtredelsen kan også straffes etter § 30. Endelig kan en overtredelse utløse erstatningsansvar overfor andre foretak eller personer dersom vilkårene etter alminnelige erstatningsregler er oppfylt.

1.4 Avgrensninger

I denne oppgaven er det samordningskriteriet som primært skal drøftes. Ifølge rettspraksis synes imidlertid samordningskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet å gå noe inn i hverandre ved vurderingen av informasjonsutveksling mellom konkurrenter.²⁵ Derfor vil konkurransebegrensningskriteriet også behandles noe. Kravet om påvirkning av samhandelen i EØS-avtalen artikkel 53, unntaket i konkurranseloven § 10 tredje ledd, foretaksbegrepet og merkbarhetskravet vil ikke bli behandlet. Utover å belyse forskjeller ved vurderingen av avtale- og samordningskriteriet på henholdsvis vertikale og horisontale forhold vil jeg heller ikke behandle vertikale samarbeid.

Ensidig informasjonsutveksling kan forekomme direkte mellom konkurrenter, indirekte²⁶ gjennom tredjeperson (for eksempel via konkurrentenes kunder²⁷ eller via en handelsorga-

²⁵ Se oppgavens punkt 3.

²⁶ Jf. blant annet forente saker C-40/73 etc., Suiker Unie mot Kommisjonen, premiss 173 hvor det fremgår at både direkte og indirekte kontakter rammes.

²⁷ Om samarbeidskriteriet og indirekte informasjonsutveksling gjennom kunder og andre, se Odudu (2011) s. 205 flg.

nisasjon²⁸) – hvor tredjeperson gir informasjonen videre til en annen konkurrent, eller ved å offentliggjøre informasjon. Her vil jeg hovedsakelig rette søkelyset mot ensidig informasjonsutveksling som utveksles direkte mellom konkurrenter og offentliggjøring av konkurransesensitiv informasjon.

2 Avtale- og samordningskriteriet

2.1 Avtalekriteriet

I *PCV II* uttalte Førsteinstansretten at «it is well established in the case law that for there to be an agreement within the meaning of Article [81(1)] of the Treaty it is sufficient for the undertakings to have expressed their joint intention to behave on the market in ascertain way».²⁹ Det avgjørende er om det foreligger en «concurrence of wills» og en eksplisitt eller implisitt «manifestation» av denne viljen.³⁰ Avtalen kan være skriftlig eller muntlig. I *ACF Chemiefarma* ble en «gentlemans agreement» ansett omfattet av avtalekriteriet fordi partene ved å inngå avtalen hadde uttrykt felles vilje til å opptre på en bestemt måte.³¹ Etter EU-domstolens mening var det ikke nødvendig at partene var rettslig bundet til å følge praksisen. En protokoll som reflekterer en enighet, kan også være tilstrekkelig.³²

²⁸ I Traktorbeslutningen ble opplysningene utvekslet via en felles handelsorganisasjon, se Kommisjonens avgjørelse, UK Agricultural Tractor Exchange, O.J. 1992, L 68/19.

²⁹ Forente saker T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. mfl mot Kommisjonen (PVC II), premiss 715.

³⁰ Sak T-41/96 Bayer AG mot Kommisjonen, premiss 173.

³¹ Sak 41/69, 1970, ACF Chemiefarma NV mot Kommisjonen, premiss 112.

³² Kolstad mfl (2006) s. 231.

2.2 «Samordnet opptreden»

2.2.1 Innledning

Ofte finnes det ikke bevis for at foretakene har uttrykt felles vilje til å innrette seg på en bestemt måte.³³ Det avgjørende er dermed om det foreligger en «samordnet opptreden». Da Romatraktaten ble vedtatt i 1957, hadde ingen av medlemsstatene vilkår om «samordnet opptreden» i sine nasjonale konkurranselover.³⁴ I amerikansk konkurranserett hadde imidlertid vilkåret «samordnet opptreden» blitt anvendt på både horisontale og vertikale samarbeid over flere år.³⁵ Når det ble oppdaget parallell atferd blant konkurrenter, utviklet man såkalte plus factors som ble tillagt avgjørende vekt ved vurderingen av om handlingene var et resultat av individuelle beslutninger eller stilltiende samarbeid.³⁶ Et viktig moment var om foretakene hadde handlet i strid med normale forretningsinteresser, for eksempel ved å heve prisene i tider med lav etterspørsel og mye tilbud.³⁷ Med inspirasjon fra amerikansk konkurranserett ble derfor vilkåret «samordnet opptreden» tatt inn i Romatraktaten for å ramme omgåelser av avtalevilkåret med løsere samarbeid.³⁸ Informasjonsutveksling mellom konkurrenter ble brukt som eksempel på slike omgåelser av avtalekriteriet.

2.2.2 De tre grunnvilkårene i begrepet «samordnet opptreden»

Begrepet «samordnet opptreden» inneholder tre grunnvilkår: Det må foreligge en samordning, en opptreden på markedet og årsakssammenheng mellom samordningen og opptredene.^{39, 40} EU-domstolen har imidlertid presumert at mottakere av konkurransesensitiv informasjon vil ta hensyn til den ved etterfølgende atferd på markedet, se punkt 5.⁴¹ I dette

³³ Albors-Llorens (2006) s. 850.

³⁴ Goyder og Albors-Llorens (2009) s. 88.

³⁵ *ibid.* s. 89.

³⁶ *l.c.*

³⁷ *l.c.*

³⁸ T-15/89 *Chemie Linz AG mot Kommisjonen*, premiss 278.

³⁹ Sak C-49/92 P, *Kommisjonen mot Anic Participazioni SpA*, premiss 118.

⁴⁰ Odudu (2006) s. 77.

⁴¹ Kolstad mfl (2006) s. 432.

avsnittet skal jeg bare behandle selve samordningsvilkåret. Det må imidlertid bemerkes at samordningsvurderingen og vurderingen av årsakssammenheng i rettspraksis ofte flyter noe over i hverandre.

2.2.3 Samordningskriteriet: Kravet til felles forståelse basert på kontakt

EU-domstolen har i samsvar med sin teleologiske og effektive tolkningsstil foretatt en forholdsvis vid tolkning av samordningskriteriet. Bakgrunnen for EU-domstolens restriktive praksis er at samarbeid mellom konkurrenter kan ha store negative virkninger for konkurransen og ofte også er svært vanskelig å bevise. Samarbeidende konkurrenter har en tendens til å sette igang en rekke tiltak for å skjule samarbeidet ved å slette bevis, betale kontant ved drosjereiser til kartellmøter osv.

Den første saken som handlet om «samordnet opptreden», var *Dyestuffs*.⁴² Mellom 1964 og 1967 hadde konkurrenter på fargestoffmarkedet i Europa hevet prisene tre ganger på samme tid og med samme prosentandeler. Store italienske selskaper økte ikke prisene, og de store europeiske fargestoffsselskapene lot derfor være å øke prisene i Italia, selv om de hadde annonsert en prisøkning også der.⁴³ Selskapene hevdet at de hadde opptrådt likt kun som følge av markedets oligopoliske struktur.⁴⁴ Domstolen var ikke enig i at markedet var typisk oligopolisk, men fant at prisøkningene var et resultat av samordnet opptreden – særlig på bakgrunn av likheten i prisøkningene – og at foretakene ved to anledninger hadde forhåndsannonsert prisene. På denne måten kunne konkurrentene eliminere egen risiko ved å sørge for et gjennomsiktig marked. Domstolen mente disse forholdene gjorde det lettere for konkurrentene å koordinere prisene, selv om de strengt tatt ikke inngikk noen avtale. EU-domstolen slo fast at formålet med vilkåret «samordnet opptreden» er å ramme:

«[A] form of *coordination* between undertakings which, without having reached the stage

⁴² Sak 48/69 ICI mot Kommissjonen.

⁴³ *ibid.* premiss 5 og 114.

⁴⁴ Whish (2012) s. 567.

where an agreement properly so-called has been concluded, *knowingly* substitutes practical cooperation between them for the risks of competition.»⁴⁵ (mine uthevelser)

Denne koordineringen trenger ikke ha alle elementene av en kontrakt, men kan bevises på bakgrunn av hvordan deltakerne har opptrådt på markedet.⁴⁶ Bruk av markedsopptreden som bevis på samordning vil bli behandlet under punkt 6.

Den neste viktige saken var *Suiker Unie*, hvor EU-domstolen viste til definisjonen i *Dyestuffs*. Kommisjonen hevdet flere sukkerprodusenter hadde tatt del i samordnet opptreden for å beskytte nederlandske produsenter på deres nasjonale markeder. Sukkerprodusentene ville kun eksportere sukker innen fellesmarkedet til andre sukkerprodusenter, slik at industrikunder bare kunne få forsyninger fra produsenter i eget land. Det fantes bevis som viste utveksling av fremtidige priser mellom de involverte foretakene, men derimot ikke bevis for at foretakene hadde en plan for hvordan de skulle begrense konkurransen dem imellom.^{47, 48} Produsentene hevdet derfor til sitt forsvar at det ikke forelå en samordnet opptreden. Ifølge domstolen var det imidlertid ikke nødvendig med noen plan. Domstolen fant grunn til å fremheve at vilkåret «samordnet opptreden» må forstås på bakgrunn av at ethvert foretak har plikt til å fastsette sin markedsatferd uavhengig. Denne uavhengighetsplikten fratar ikke foretakene retten til å tilpasse seg konkurrentenes eksisterende eller forventede atferd (for eksempel på bakgrunn av gjettinger som lar seg gjøre på grunn av markedets naturlige gjennomsiktige struktur⁴⁹), men forbyr kategorisk

⁴⁵ Sak 48/69 ICI mot Kommisjonen, premiss 64.

⁴⁶ *ibid.* premiss 65.

⁴⁷ Albors-Llorens (2006) s. 854.

⁴⁸ Jens Fejø (2009) s. 63.

⁴⁹ Som påpekt av Albors-Llorens (2006) s. 855, kan denne uttalelsen ses som en modifikasjon av domstolens uttalelser i *Dyestuffs*, som kunne tyde på at det var tilstrekkelig å bevise parallell opptreden og avvik fra normale markedsforhold for å bevise en samordnet opptreden.

«any direct or indirect contact between such operators, the object or effect whereof is either to influence the conduct on the market of an actual or potential competitor or to disclose to such a competitor the course of conduct which they themselves have decided to adopt or contemplate adopting on the market, regard being had to the nature of the products or services offered, the size and the number of the undertakings and the volume of the said market».⁵⁰

Merk at domstolen i *Suiker Unie* ikke finner grunn til å bemerke at det kreves noen gjensidighet i form av en aksept ved avsløring av informasjon eller forsøk på påvirkning. Etter domstolens definisjon er det tilstrekkelig at en konkurrent enten påvirker eller avslører hvordan de planlegger å opptre på markedet.⁵¹ I saken var det imidlertid ikke snakk om en ensidig informasjonsutveksling. Derimot var det på det rene at sukkerprodusentene hadde møttes to ganger i forkant av de parallelle prisøkningene⁵², selv om det ikke fantes muntlige eller skriftlige bevis for en felles forståelse.⁵³ Dette kan være grunnen til at domstolen ikke fant grunn til å presisere at vilkåret «samordnet opptreden» krever en gjensidig kontakt. Prisøkningene kunne etter domstolens mening ikke forklares på en annen måte.⁵⁴

De nevnte sitatene fra *Dyestuffs* og *Suiker Unie* utkrystalliserte den rettslige testen for «samordnet opptreden».⁵⁵ Testen har blitt konsekvent anvendt i senere saker.⁵⁶ For det første

⁵⁰ Forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mot Kommisjonen, premiss 174. Uttalelsene er fulgt opp i en rekke senere saker, se blant andre C-49/92 P, *Kommisjonen* mot *Anic Participazioni SpA*, premiss 117, sak C-199/92 P *Hüls AG* mot *Kommisjonen* premiss 160, C-7/95 P *John Deere Ltd* mot *Kommisjonen*, premiss 87, sak T-15/89 *Chemie Linz AG* mot *Kommisjonen*, premiss 279 og 303.

⁵¹ Forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mot *Kommisjonen*, premiss 174.

⁵² Generaladvokat Mayras forslag til avgjørelse i forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie*, (1975), ECR 1663, delivered on 16 June 1975, premiss 2058 og 2068.

⁵³ Odudu (2006) s. 78.

⁵⁴ Jf. også forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. *Ahlström Osakeyhtiö mfl* mot *Kommisjonen*, premiss 126.

⁵⁵ Hjelmeng (2003) s. 653.

må det foreligge en direkte eller indirekte kontakt mellom foretakene. For det andre må denne kontakten ha ført til at konkurrentene bevisst erstatter konkurranse med samarbeid.⁵⁷ Sistnevnte vilkår kan sies å innebære et krav om felles forståelse.⁵⁸ Det kan underbygges med uttalelser i *Dyestuffs*, hvor det ble presisert at en samordnet opptreden bare kan bevises når en viss opptreden «can only be explained by a common intention on the part of those undertakings».^{59, 60} Den felles forståelsen trenger imidlertid ikke være særlig presis.⁶¹ Det avgjørende er at det foreligger en bevisst koordinering som er basert på direkte eller indirekte kontakt mellom de involverte foretakene.⁶²

Førsteinstansretten slo i *Cimenteries* fast at samordningsvilkåret forutsetter et element av gjensidighet.⁶³ Etter rettens mening er dette oppfylt når: «one competitor discloses its future intentions or conduct on the market to another when the latter requests it or, at the very least, accepts it».⁶⁴ I rettens definisjon ligger det forutsetningsvis et krav om både gjensidig kontakt, samt at den gjensidige kontakten reduserer usikkerheten rundt den fremtidige atferden til den som gir informasjonen, se oppgavens punkt 3.

2.2.3.1 Kort om beviskrav og bevisbyrde

2.2.3.1.1 Bevisbyrde

⁵⁶ Se blant annet sak C-172/80 Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank AG, premiss 12–14.

⁵⁷ Se blant annet sak C-199/92 P Hüls mot Kommisjonen, premiss 160.

⁵⁸ Hjelmeng (2003) s. 653.

⁵⁹ Sak 48/69 ICI mot Kommisjonen, premiss 113.

⁶⁰ Odudu (2011) s. 220.

⁶¹ Evensen/Sæveraas (2009) s. 109.

⁶² Hjelmeng (2003) s. 653.

⁶³ Forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries* mfl mot Kommisjonen, premiss 1849. Førsteinstansrettens avgjørelse ble stadfestet av EU-domstolen i forente saker C-204/00 P etc., *Aalborg Portland* mfl mot Kommisjonen.

⁶⁴ Forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries* mfl mot Kommisjonen, premiss 1849.

Etter Forordning (EF) nr. 1/2003 artikkel 2 er bevisbyrden for at det har skjedd en overtredelse av artikkel 101 TFEU pålagt den part eller myndighet som hevder det foreligger en overtredelse. Dette følger også klart av rettspraksis.⁶⁵ Det er derfor unntak fra dette utgangspunktet som trenger en særskilt hjemmel, se blant annet punkt 5 om bevispresumsjonen om årsakssammenheng.

2.2.3.1.2 *Beviskrav*

Det er en nær sammenheng mellom begrepet «samordnet opptreden» og de bevis som kreves for at vilkåret skal anses oppfylt.⁶⁶ Beviskravene vil derfor bli gjennomgått sammen med de materielle vilkårene. Imidlertid er det grunn til å nevne at Høyesterett i Rt. 2012 s. 1556 tok stilling til beviskravene for å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven. Saken gjaldt utmåling av overtredelsesgebyr for ulovlig anbudssamarbeid. Flertallet (3–2) kom til at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for å ilegge overtredelsesgebyr etter konkurranseloven.⁶⁷ Når det gjelder beviskravene i EU-retten, uttalte flertallet:

«Jeg er enig med staten i at det av EU-domstolens praksis neppe kan utledes et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Men jeg har på den annen side vanskelig for å se at denne praksis kan gi særlig støtte til at alminnelig sannsynlighetsovervekt skulle være tilstrekkelig.»⁶⁸

Høyesteretts flertall uttalte at praksis fra EU-domstolen om beviskrav ikke kaster tilstrekkelig lys over spørsmålet, og tok ikke stilling til om beviskravene i EU-retten er klar eller alminnelig sannsynlighetsovervekt.⁶⁹ Mindretallet (to dommere) var enig i flertallets uttalelse om at dommene fra EU-domstolen særlig gjelder krav om beviskvalitet i form av

⁶⁵ Se blant annet C-185/95 P Baustahlgewebe GmbH mot Kommisjonen, premiss 58.

⁶⁶ Albors-Llorens (2006) s. 850.

⁶⁷ Rt. 2012 s. 1556, premiss 50.

⁶⁸ *ibid.* premiss 58.

⁶⁹ *ibid.* premiss 59.

«firm, precise and consistent evidence», men hadde i motsetning til flertallet en klar oppfatning om at det *ikke* følger et krav om klar sannsynlighetsovervekt av EU-domstolens praksis: «I praksis er dette forstått slik at det gjelder et alminnelig sivilrettslig krav om overvekt av bevis.»⁷⁰

2.2.4 Kan det utledes et forpliktelseskrav av samordningskriteriet?

For at konkurrentene skal kunne sikre et koordinerende resultat, er de avhengige av å komme til en felles forståelse av hvordan de skal opptre på markedet, ha et incentiv til å holde seg til det avtalte og være i stand til å straffe «juksing».⁷¹ En begrensning av konkurransen kan imidlertid oppstå selv om partene ikke føler seg forpliktet. Ved informasjonsutveksling kan konkurrentene få innsyn i hverandres strategier og tilpasse seg til disse, uten å forplikte seg til å opptre på en bestemt måte. En anførsel om at det må innfortolkes et forpliktelseskrav i samordningsvilkåret, ble avvist av retten i *Cimenteries*.⁷² Riktignok presenterte retten ved vurderingen av konkurransebegrensningskriteriet at de involverte foretakene ikke trenger å være formelt forpliktet overfor konkurrentene til en viss atferd.^{73, 74} Det er tilstrekkelig at

«by its statement of intention, the competitor should have eliminated or, at the very least, substantially reduced uncertainty as to the conduct to expect of the other on the market (Case T-4/89 BASF v Commission [1991] ECR II-1523, paragraph 242; and Hercules Chemicals v Commission, cited at paragraph 140 above, paragraph 260)».⁷⁵

⁷⁰ Rt. 2012 s. 1556, premiss 102.

⁷¹ OECD (2012) s. 22, med videre henvisninger.

⁷² Hjelmeng (2003) s. 659.

⁷³ Kolstad mfl (2006) s. 431.

⁷⁴ Dette presiseres også i sak T-279/02, Degussa mot Kommissjonen, premiss 133, denne gangen i tilknytning til samarbeidskriteriet.

⁷⁵ Forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries* mfl mot Kommissjonen, premiss 1852.

Det avgjørende ifølge rettspraksis er om den konkurransesensitive informasjonen – og dermed invitasjonen til et konkurransebegrensende initiativ – bevisst er eksplisitt eller stilltiende akseptert.

2.2.5 Hva er de sentrale forskjellene mellom avtale- og samordningskriteriet?

Avtaler er noe som typisk krever klarere bevis, ettersom det må foreligge en «concurrency of wills» og dermed bevis for både et tilbud og en aksept.⁷⁶ Samordnet opptreden krever som nevnt ikke at det foreligger en forpliktelse og kan dermed bevises på mer indirekte måter – gjennom direkte eller indirekte kontakter og/eller gjennom opptreden på markedet.⁷⁷ I *Anic* uttalte domstolen seg om forskjellene mellom avtale- og samordningskriteriet:

«[F]rom the subjective point of view, they are intended to catch forms of collusion having the same nature and are only distinguishable from each other by their intensity and the forms in which they manifest themselves.»⁷⁸

Domstolen har imidlertid ikke foretatt en kategorisk avgrensning mellom avtale- og samordningskriteriet. Det avgjørende er om det foreligger en avtale og/eller samordnet opptreden.⁷⁹ Konkurransemyndighetene trenger derfor ikke å klassifisere overtredelsene som enten en avtale eller samordnet opptreden.⁸⁰

⁷⁶ Odudu (2006) s. 96.

⁷⁷ Albors-Llorens (2006) s. 850.

⁷⁸ Sak C-49/92P, Kommisjonen mot *Anic Partecipazioni*, premiss 131–133.

⁷⁹ Forente saker T-305/94 etc., *Limburgse Vinyl Maatschappij mfl* mot Kommisjonen, premiss 696–697.

⁸⁰ Sak C-49/92 P Kommisjonen mot *Anic Partecipazioni SpA*, premiss 131–132. Se også sak T-7/89 *Hercules* mot Kommisjonen, premiss 264 og sak T-1/89, *Rhône-Poulenc* mot Kommisjonen, premiss 127.

2.3 Forskjeller mellom avtalekriteriet i vertikale forhold og ensidig informasjonsutveksling som «samordnet opptreden» i horisontale forhold – betydningen av tilbud og aksept

I konkurranseretten går det et grunnleggende skille mellom vertikale og horisontale samarbeid. Samarbeid mellom foretak på samme ledd i produksjons- eller distribusjonskjeden (konkurrenter), betegnes som *horisontale*, mens samarbeid mellom foretak på ulike ledd i produksjonskjeden er *vertikale*. Grensen mot ensidig atferd og avtalekriteriet har særlig vært behandlet i rettspraksis om vertikale forhold. Rettspraksis om slike tilfeller har i de senere årene stilt noe større krav til samtykke.

I *AEG*⁸¹, *Ford*⁸² og *Volkswagen I*⁸³ ble det lagt til grunn at «der det gjennom et kontraktsforhold er etablert faste og løpende forretningsforbindelser, anses den senere praktisering av kontraktsforholdet hos en part å være utslag av et samarbeid som vil rammes av § 10 1. ledd og art. 53 (1)»⁸⁴, og at det da ikke trengs noe nytt samtykke. I de tilfellene et ensidig pålegg ikke kan anses hjemlet i en løpende avtale, ser det ut til at det ved vurderingen av om det foreligger en aksept, legges vekt på om kravene fra for eksempel en distributør er fulgt eller ikke. I *Sandoz* fant EU-domstolen at kundene hadde stilltiende akseptert eksportforbudet som var gitt av Sandoz, fordi de gjentatte ganger aldri protesterte på det.⁸⁵ Også i *Bayer*⁸⁶ var det tale om en oppfordring som ikke var hjemlet i partenes løpende avtaleforhold. Det ble imidlertid lagt til grunn at en oppfordring fra leverandøren til distributøren for å hindre parallellimport ikke var tilstrekkelig for å etablere en «avtale»:

⁸¹ Sak 107/82, AEG mot Kommissjonen, premiss 38 og 39.

⁸² Forente saker 25 og 26/84, Ford mot Kommissjonen.

⁸³ Sak C-338/00 P, Volkswagen AG mot Kommissjonen.

⁸⁴ Kolstad mfl (2006) s. 247.

⁸⁵ Sak 277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici mot Kommissjonen.

⁸⁶ Sak T-41/96, Bayer mot Kommissjonen, premiss 66. Førsteinstansrettens avgjørelse ble opprettholdt av EU-domstolen.

«The case-law shows that, where a decision on the part of a manufacturer constitutes unilateral conduct of the undertaking, that decision escapes the prohibition in Article 81(1) of the Treaty.»⁸⁷

Ifølge *Bayer* blir en handling ansett ensidig hvis den er «without the express or implied participation of another undertaking».⁸⁸ For at man skal kunne tolke en aksept ut fra atferd, må atferden samsvare med tilbudet.⁸⁹ I *Bayer* fant domstolen at det ikke var bevist at det hadde kommet noe tilbud fra produsenten som oppfordret grossistene, ettersom strategien ikke krevde deltagelse eller assistanse fra distributørene.^{90, 91, 92} I *Sandoz*, derimot, skrev produsenten «Eksport forbudt» på alle fakturaene som ble sendt ut til kundene, og domstolen anså dette som et tilbud.⁹³ EU-domstolen kunne derfor konkludere med at kundene stilltiende hadde akseptert pålegget ved å fortsette forretningsforholdet på tross av eksportforbudet.

Samarbeidskriteriet rammer etter EU-domstolens syn i *Bayer* bare ensidige handlinger dersom «the unilateral character of the measure is merely apparent».⁹⁴ Etter *Bayer* ser det ut til at en rent passiv fortsettelse av et forretningsforhold ikke kan anses som en stilltiende aksept av en ensidig oppfordring fra en leverandør til en distributør.^{95, 96}

⁸⁷ Sak T-41/96, *Bayer mot Kommisjonen*, premiss 66. Førsteinstansrettens avgjørelse ble opprettholdt av EU-domstolen.

⁸⁸ Sak T-41/96, *Bayer mot Kommisjonen*, premiss 69.

⁸⁹ Odudu (2006) s. 68.

⁹⁰ Odudu (2006) s. 65 og Albors-Llorens (2006) s. 849.

⁹¹ Sak T-41/96, *Bayer mot Kommisjonen*, premiss 69.

⁹² Jetlund (2008) s. 48.

⁹³ Jetlund (2008) s. 48.

⁹⁴ Sak T-41/96, *Bayer mot Kommisjonen*, premiss 71.

⁹⁵ Sak T-41/96, *Bayer mot Kommisjonen*, premiss 173.

⁹⁶ Kolstad mfl (2006) s. 249.

Et spørsmål som kan stilles, er: Hvor stor rettskildevekt har *Bayer* for horisontale forhold? Når det gjelder selve avtalekriteriet, ser det ikke ut til å være noen forskjell i den rettslige testen som domstolen formulerer,⁹⁷ men subsumsjonen vil kunne falle forskjellig ut, se momentene som nevnes i neste avsnitt. Vilkåret «samordnet opptreden» og definisjonen som domstolen har utviklet for denne testen, er imidlertid først og fremst relevant for horisontale samarbeid. I samordningskriteriet er det ikke noe krav om at den felles viljen er *uttrykt*. På denne bakgrunnen er det naturlig å kreve noe klarere holdepunkter for et reelt samtykke for å etablere en avtale. Ved vurderingen av samordningskriteriet i horisontale forhold legger domstolene avgjørende vekt på at man ved å motta konkurransesensitiv informasjon fra konkurrenter ikke kan unngå å ta den i betraktning ved senere markedsopptreden, og at det derfor må kreves at mottakeren tar klart avstand fra initiativet for ikke å bli ansvarlig.⁹⁸ I hvilke tilfeller fravær av avstandtakelse er tilstrekkelig til å utgjøre en aksept av en avtale, ser ikke ut til å være helt avklart i rettspraksis om vertikale forhold.

Det kan spørres om det er legitime hensyn som tilsier at et vertikalt pålegg bør vurderes annerledes enn ensidig informasjonsutveksling mellom konkurrenter. Et foretak vil typisk kunne ha en større fordel av å motta konkurransesensitiv informasjon fra konkurrenter, ettersom slik informasjon kan gi dem mulighet til å tilpasse seg konkurrentenes handlinger. Konkurrenter vil også kunne ha mulighet for å tolke initiativer fra konkurrenter på en annen måte enn mellom parter på ulike ledd av produksjons- eller distribusjonsskjeden. Det kan videre anføres at et foretak på et annet ledd i omsetningskjeden – eksempelvis en forhandler, – ikke nødvendigvis har noen selvstendig interesse i å godta den andre partens forslag eller pålegg. Frykten for å miste viktige handelsforbindelser kan gjøre at en distributør eksempelvis ikke protesterer mot leverandørens oppfordringer eller påbud. Som et generelt utgangspunkt kan det også hevdes at partene ikke har samme incentiver til å skjule samarbeidet som tilfellet er for konkurrenter. Ettersom horisontale samarbeid som regel er

⁹⁷ Se forente saker T-44/02 etc., *Dresdner Bank mfl mot Komisjonen*, premiss 55.

⁹⁸ Se eksempelvis sak T-7/89 *Hercules mot Kommisjonen*.

mer skadelig for konkurransen enn vertikale samarbeid, vil også hovedformålet med konkurransereglene – å beskytte konkurransen på markedet – tale for at gjensidighetskravet i vilkåret «samordnet opptreden» gis et noe videre innhold, noe som også rettspraksis synes å bekrefte.

3 Forholdet mellom samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet ved ensidig informasjonsutveksling

3.1 Innledning

Samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet er etter bestemmelsens struktur to separate vilkår.⁹⁹ Selv om domstolen ikke har uttalt det eksplisitt, følger det av dens begrunnelser i en rekke saker at det er en nær sammenheng mellom vurderingen av om en informasjonsutveksling er egnet til å skape koordinasjon, og vurderingen av om informasjonsutvekslingen er egnet til å påvirke konkurransen.^{100, 101} I *Suiker Unie* er det grunn til å merke seg at domstolens definisjon av samordningskriteriet omfatter enhver direkte eller indirekte kontakt hvor formålet eller effekten er å *påvirke* en faktisk eller potensiell konkurrents atferd på markedet eller å *avsløre* hvordan den selv har besluttet å opptre på markedet.¹⁰² I subsumsjonen om samordningskriteriet bemerket domstolen at «[t]he documents quoted show that the applicants contacted each other and that they in fact pursued the aim of removing in advance any uncertainty as to the future conduct of their competitors.»¹⁰³ Som Odudu og Albors-Llorens fremhever, synes bevis for gjensidig kommunikasjon som

⁹⁹ Odudu (2006) s. 87 og 91.

¹⁰⁰ Kolstad mfl (2006) s. 236 og Odudu (2006) s. 86–87.

¹⁰¹ Se blant annet sak T-7/89, *Hercules* mot Kommisjonen, premiss 259–260, forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98 *British Sugar etc.* mot Kommisjonen, premiss 60 og sak T-1/89, *Rhône-Poulenc* mot Kommisjonen, premiss 122 og 123.

¹⁰² Sak 48/69 *ICI* mot Kommisjonen, premiss 174.

¹⁰³ Forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mot Kommisjonen, premiss 175.

reduserer usikkerhet med hensyn til konkurrentenes fremtidige atferd å være tilstrekkelig til å etablere en «samordnet opptreden».¹⁰⁴

Samtidig uttalte EU-domstolen i *T-Mobile* at «[a]n exchange of information between competitors is tainted with an anti-competitive object if the exchange is capable of removing uncertainties concerning the intended conduct of the participating undertakings.»¹⁰⁵ Uttalelsen er forvirrende, ettersom det ikke er gitt at en reduksjon i usikkerheten automatisk vil påvirke konkurransen i negativ retning.¹⁰⁶ De nettopp siterte uttalelsene i *Suiker Unie* og *T-Mobile* viser imidlertid at det synes å være en nær sammenheng mellom samarbeidskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet ved vurderingen av informasjonsutveksling mellom konkurrenter.

Uten bevis for gjensidighet er det vanskelig å bevise om handlingen er konkurransebegrensende.¹⁰⁷ Konkurrentene kan heller ikke bevisst erstatte konkurranse med samarbeid på bakgrunn av informasjonsutvekslingen alene hvis informasjonen som er utvekslet, ikke reduserer usikkerheten rundt konkurrentens markedsopptreden. For at informasjonsutveksling skal anses som bevis på en avtale eller samordnet opptreden, må informasjonen redusere usikkerheten i markedet på en slik måte at deltakerne kan tilpasse seg på en annen måte enn de ville ha gjort uten informasjonsutvekslingen.¹⁰⁸ I *Tate & Lyle* uttalte Førsteinstansretten at «uncertainty as to the pricing policies which the other operators intend to practice in the future constitutes the main stimulus to competition».^{109, 110} Odudu mener at

¹⁰⁴ Odudu (2006) s. 84.

¹⁰⁵ Sak C-8/08, *T-Mobile*, premiss 43 og forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries mfl mot Kommisjonen*, premiss 1852.

¹⁰⁶ Odudu (2011) s. 222.

¹⁰⁷ OECD (2008) s. 153. Dette synes også å antydes i uttalelsene i sak C-172/80 *Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank AG*, premiss 21 og 22.

¹⁰⁸ Kolstad mfl (2006) s. 235 med henvisning til sak C-7/95 P, *John Deere Ltd mot Kommisjonen*, premiss 86–87, hvor domstolen riktignok uttaler seg om konkurransebegrensningskriteriet.

¹⁰⁹ Forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98 *British Sugar etc. mot Kommisjonen*, premiss 46.

det ikke ligger noe egentlig krav om «felles forståelse» i samordningskriteriet, og at det er tilstrekkelig at den fremtidige usikkerheten rundt konkurrentenes atferd reduseres.¹¹¹ Dette fremgår også forutsetningsvis av domstolens test i *Suiker Unie*. Det er nettopp muligheten for å tilpasse seg på en annen måte enn uten informasjonsutvekslingen som er avgjørende, se eksempelet i punkt 4.1.1.

Hvorvidt usikkerheten er redusert eller ikke, er også et spørsmål som er relevant for konkurransebegrensningskriteriet. Rettspraksis skiller imidlertid ikke alltid klart mellom samordningsvilkåret og konkurransebegrensningskriteriet, og kravet om å redusere usikkerheten er i rettspraksis ofte blitt brukt som argument for at det foreligger samordning og årsakssammenheng mellom samordningen og opptreden på markedet.¹¹² Heller ikke i *Dyestuffs* gjør domstolen det klart om den refererer til samordningskriteriet eller konkurransebegrensningskriteriet i drøftelsene. Domstolen nevner ikke konkurransebegrensningskriteriet uttrykkelig, men behandler alt som et spørsmål om «samordnet opptreden». Likevel kan grunnen være at det i saken var klart at forholdet hadde hatt faktiske negative virkninger på konkurransen i form av økte priser.

På denne bakgrunnen er flere av momentene som nevnes i punkt 3.3 relevante, ved vurderingen av både samordningskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet. Først skal det

¹¹⁰ Odudu (2006) s. 83. Se også Albors-Llorens (2006) s. 846.

¹¹¹ Odudu (2011) s. 221 og 222 som viser til forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mot Kommissjonen, premiss 26, sak C-49/92 P *Kommissjonen mot Anic Partecipazioni SpA*, premiss 45 og 115–117 og sak C-199/92 P *Hüls* mot Kommissjonen, premiss 158–160. Se også Albors-Llorens (2006) s. 846 som antyder det samme.

¹¹² Se blant annet sak T-7/89, *Hercules* mot Kommissjonen, premiss 259-260, forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98 *British Sugar* etc. mot Kommissjonen, premiss 60 og sak T-1/89, *Rhône-Poulenc* mot Kommissjonen, premiss 122 og 123. I flere saker presiserer heller ikke domstolen om kravet til usikkerhet relateres til samarbeidskriteriet eller konkurransebegrensningskriteriet, se blant annet forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. *Ahlström Osakeyhtiö mfl* mot Kommissjonen, premiss 64. Se også Odudu (2006) s. 96.

imidlertid tas stilling til når en informasjonsutveksling er forbudt etter sitt formål, og når det må foretas en vurdering av dens faktiske eller potensielle negative virkninger på konkurransen.

3.2 Når har en ensidig informasjonsutveksling et konkurransebegrensende formål, og når må det foretas en virkningsvurdering?

EU-domstolen slo i *Hüls* fast at en samordnet opptreden er forbudt når den har et konkurransebegrensende formål.^{113, 114} Det er da ikke nødvendig å foreta en vurdering av dens faktiske eller potensielle negative virkninger på konkurransen.^{115, 116, 117} Det har vært diskutert om begrepet «samordnet opptreden» i seg selv krever en negativ effekt på konkurransen. Det følger imidlertid av bestemmelsens struktur at dette ikke er nødvendig, ettersom «avtale» er likestilt med «samordnet opptreden».¹¹⁸ Bestemmelsen opplister i bokstav a–d eksempler på samarbeidsformer som kan sies å være i kjerneområdet for § 10 første ledd.¹¹⁹ Som det er påpekt av Evensen og Sæveraas, er imidlertid en konstatering av at forholdet rammes av opplistingen, verken nødvendig eller tilstrekkelig for å konstatere en formålsrestriksjon.¹²⁰

Etter ordlyden i § 10 første ledd er det avgjørende om en avtale eller samordnet opptreden har til formål eller virkning å «hindre, innskrenke eller vri» konkurransen. Formål er et

¹¹³ Sak C-199/92 P *Hüls* mot Kommissjonen, premiss 164 og sak C-49/92 P Kommissjonen mot *Anic Participazioni SpA*, premiss 122.

¹¹⁴ Hjelmeng (2003) s. 660.

¹¹⁵ Sak 56/65, *Société Technique Minière* mot *Maschinenbau Ulm GmbH*, premiss 375.

¹¹⁶ Kolstad mfl (2006) s. 432.

¹¹⁷ Likevel er det som regel nødvendig å foreta en viss markedsanalyse, særlig for å vurdere om merkbarhetskravet er oppfylt, se Evensen/Sæveraas, 2009, s. 133.

¹¹⁸ Kolstad mfl (2006) s. 432.

¹¹⁹ Evensen/Sæveraas (2009) s. 133.

¹²⁰ Evensen/Sæveraas (2009) s. 133.

objektivt begrep. Partenes subjektive formål er i utgangspunktet uten betydning.¹²¹ Dermed blir det viktig å ta i betraktning hvilke sentrale konkurranseparametere en eventuell informasjonsutveksling er egnet til å påvirke: for eksempel priser, mengder, produktkvalitet eller innovasjon.¹²²

Domstolen uttaler i *T-Mobile* at «in order for a concerted practice to be regarded as having an anti-competitive object, it is sufficient that it has the *potential* to have a negative impact on competition.»¹²³ (min utheving) Den siterte uttalelsen ble gjentatt av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1556, premiss 64. I premiss 65 oppsummerer Høyesterett formålsalternativet: «Oppsummeringsvis er kravet at samarbeidet er egnet til å være konkurransebegrensende.» Det kan spørres om uttalelsene går for langt, ettersom formålsrestriksjoner er situasjoner som presumeres å ha konkurransebegrensende virkninger.

T-Mobile gjaldt et møte mellom representanter for nederlandske mobiloperatører i 2001, der det ble diskutert om man skulle redusere standardvederlagene på visse abonnementer til forhandlerne. I møtet ble det også avslørt konkurransesensitiv informasjon.¹²⁴ Retten uttaler – under henvisning til *Beef Industries*¹²⁵ – at det bare er enkelte typer samarbeid som kan anses som «by their very nature, as being injurious to the proper functioning of normal competition».¹²⁶ Dette gjelder eksempelvis avtaler om «price-fixing, market-sharing or the control of outlets»¹²⁷, men som ikke nødvendigvis klarer å skape konkurransebegrensende

¹²¹ Hjelmeng (2003) s. 655, fotnote 28. Se også Rt. 2012 s. 1556, premiss 65.

¹²² Retningslinjer, punkt 27.

¹²³ Sak C-8/08, *T-Mobile*, premiss 31.

¹²⁴ Kyprianides (2012) side 407.

¹²⁵ Beef Industry Development Society and Barry Brothers, premiss 17.

¹²⁶ Sak C-8/08, *T-Mobile*, premiss 29.

¹²⁷ Sak T-374/94 etc., *European Night Services mot Kommisjonen*, (1998) ECR II-3141, (1998) 5 CMLR 718.

virksomheter på markedet.¹²⁸ Domstolen kommer deretter med langt mer vidtrekkende uttalelser om at en informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan utgjøre en formålsrestriksjon hvis

«it reduces or removes the degree of uncertainty as to the operation of the market in question, with the result that competition between undertakings is restricted (see *Deere v Commission*, paragraph 90, and *Case C-194/99 P Thyssen Stahl v Commission* [2003] ECR I-10821, paragraph 81).»¹²⁹

Domstolens videre begrunnelse ser imidlertid ut til å presisere at informasjonen må være av en viss detaljgrad for å kunne påvirke konkurransen:

«[A]n exchange of information which is capable of removing uncertainties between participants as regards the timing, extent and details of the modifications to be adopted by the undertaking concerned must be regarded as pursuing an anti-competitive object.»¹³⁰

Uttalelsen må videre ses i sammenheng med EU-domstolens forutgående uttalelse om at en samordnet opptreden kan ha et konkurransebegrensende formål hvis foretakene med dette «directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions».¹³¹ Selv om domstolen ikke presiserer at det avgjørende er hva slags informasjon som er utvekslet, vil likevel informasjonens strategiske natur ha betydning for om den er egnet til å fikse priser eller andre handelsbetingelser. Ikke enhver informasjonsutveksling som er egnet til å redusere usikkerheten om konkurrentenes fremtidige atferd, er egnet til å ha en slik påvirkning på sentrale konkurranseparametere. I den aktuelle saken fant domstolen at standardvederlagene til forhandlere var en faktor som var bestemmende i å fastsette prisen som

¹²⁸ Meyring (2010) s. 31.

¹²⁹ Sak C-8/08, T-Mobile, premiss 35.

¹³⁰ Sak C-8/08, T-Mobile, premiss 41.

¹³¹ Sak C-8/08, T-Mobile, premiss 36.

blir betalt av sluttbrukeren, og diskusjonen rundt standardvederlagene var derfor *egnet* til å begrense konkurransen.¹³² Det var i saken ikke snakk om en ensidig informasjonsutveksling, men et tilfelle der mobiloperatørene hadde *diskutert* en reduksjon i standardvederlagene.¹³³ Generaladvokat Kokott presiserte i sitt forslag til avgjørelse at diskusjonene klart resulterte i en koordinasjon av priser, som er et sentralt konkurranseparameter.¹³⁴ Som det er påpekt av Meyring, er det ikke rart at domstolen klassifiserer et slikt forhold som en formålsrestriksjon.¹³⁵

Kommisjonen presiserer i sine retningslinjer at privat utveksling av fremtidige priser eller mengder mellom konkurrenter må anses å ha til formål å begrense konkurransen, ettersom det er naturlig at utveksling av slik informasjon vil føre til hemmelig samordning og et høyere prisnivå.¹³⁶ Privat utveksling av fremtidige priser vil ifølge Kommisjonen normalt bli ansett som karteller fordi slike utvekslinger generelt har til formål å fastsette priser eller mengder.¹³⁷ At privat utveksling av planlagte, fremtidige priser mellom konkurrenter normalt vil utgjøre en formålsrestriksjon, følger også av *Cimenteries*.^{138, 139}

I de tilfellene hvor det ikke gjelder privat utveksling av fremtidige priser eller mengder mellom konkurrenter, må det som hovedregel foretas en virkningsvurdering.¹⁴⁰ Det avgjørende vil da være en grundig vurdering av om informasjonsutvekslingen har en aktuell eller

¹³² van Bael & Bellis (2010) s. 8, med henvisning til sak C-8/08, T-Mobile, premiss 37.

¹³³ Meyring (2010) s. 31.

¹³⁴ Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-8/08, T-Mobile, delivered on 19 February 2009, premiss 36.

¹³⁵ Meyring (2010) s. 31.

¹³⁶ Retningslinjer, punkt 73 og 74.

¹³⁷ Retningslinjer, punkt 74.

¹³⁸ Forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries mfl mot Kommisjonen*.

¹³⁹ Kolstad mfl (2006) s. 272.

¹⁴⁰ Se for eksempel sak C-238/05 *Asnef-Equifax mot Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios*, samt retningslinjer, punkt 75–94.

potensiell¹⁴¹ innvirkning på konkurranseparameterne på markedet. Vurderingen beror på både markeds konteksten,¹⁴² hvor stor samlet markedsandel foretakene har og hva slags informasjon som er utvekslet.¹⁴³ Retningslinjene nevner at det ved vurderingen av om gjennomsiktigheten på markedet er påvirket, må legges vekt på om opplysningene som er motatt, kan brukes til å bestemme konkurrentenes atferd.¹⁴⁴ Kommisjonen legger i retningslinjene særlig vekt på om strukturen på markedet, og om informasjonen som er utvekslet, er egnet til å skape en samordning.

3.3 Hvilke faktorer bidrar til samarbeid mellom konkurrenter? Når er en informasjonsutveksling egnet til å redusere usikkerheten rundt konkurrentenes fremtidige atferd?

3.3.1 Betydningen av hva slags informasjon som er avslørt og hvem informasjonen er avslørt overfor

For at en informasjonsutveksling mellom konkurrenter skal være forbudt, må den redusere usikkerheten rundt konkurrentenes fremtidige handlinger, ettersom det er dette som bidrar til å skape et kollektivt resultat. Informasjonens art og hvor sensitiv den er for konkurransen, er momenter som EU-domstolen legger betydelig vekt på.¹⁴⁵

Om informasjonen gjøres tilgjengelig for både etterspørrere og konkurrenter er også av betydning.¹⁴⁶ I *Woodpulp* fant EU-domstolen i sin subsumsjon grunn til å bemerke at «[i]n this case, the communications arise from the price announcements made to *users*. They constitute in themselves market behaviour which does not lessen each undertaking's uncer-

¹⁴¹ Sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommisjonen, premiss 77.

¹⁴² Se særlig sak C-238/05 Asnef-Equifax mot Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios og sak 23/67, Brasserie de Haecht mot Wilkin-Janssen.

¹⁴³ Retningslinjer, punkt 75.

¹⁴⁴ Retningslinjer, punkt 78.

¹⁴⁵ Kolstad mfl (2006) s. 236.

¹⁴⁶ Hjelmeng (2003) s. 669.

tainty as to the future attitude of its competitors. At the time when each undertaking engages in such behaviour, it cannot be *sure* of the future conduct of the others»¹⁴⁷ (mine uthevninger). Domstolen kom imidlertid til et annet resultat i *John Deere*. Saken gjaldt et informasjonsutvekslingssystem basert på data om registreringer av landbrukstraktorer.¹⁴⁸ Systemet gjorde det mulig å få kjennskap til andre konkurrenters salg med korte intervaller, og informasjonen ga en detaljert oversikt over deltakernes solgte traktorer inndelt etter geografisk område. I denne saken mente domstolen at historisk informasjon var tilstrekkelig til å redusere usikkerheten rundt konkurrentenes markedsopptreden.¹⁴⁹ Domstolen viste først til testen i *Suiker Unie*. Videre skilte den saken fra *Woodpulp* ved at det i *Woodpulp* var snakk om å meddele nyttige opplysninger til kjøperne, mens det i *John Deere* bare gjaldt utsendelse av opplysninger til partene i avtalen, nemlig konkurrenter. Konkurransbegrensningskriteriet var dermed oppfylt.¹⁵⁰ I den forutgående beslutningen til Kommisjonen ble det lagt til grunn at ett år gammel prisinformasjon ikke var tilstrekkelig sensitiv til å kunne påvirke konkurransen negativt og derfor ikke var omfattet av forbudet.^{151, 152} Kommisjonens horisontale retningslinjer er likevel noe mindre kategoriske på dette punktet.¹⁵³ Utveksling av historisk informasjon kan blant annet brukes til å avsløre juksing blant kartelldeltakere og på denne måten bidra til at et kartell blir mer stabilt.¹⁵⁴

Det må understrekes at retten i sin formulering av samordningsvilkåret på ensidig informasjonsutveksling i *Cimenteries* nevner informasjon om planlagt, fremtidig atferd, men ikke annen type konkurransesensitiv informasjon. Uttalelsen kan synes å indikere at samar-

¹⁴⁷ Forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlstrøm Osaakeyhtiö mfl mot Kommisjonen, premiss 64.

¹⁴⁸ Kolstad mfl (2006) s. 434.

¹⁴⁹ Evensen/Sæveraas (2009) s. 110.

¹⁵⁰ Sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommisjonen, premiss 91.

¹⁵¹ Beslutning 157/92/EØF, EFT 1992 L 68 s. 19, premiss 50.

¹⁵² Kolstad mfl (2006) s. 437.

¹⁵³ Se retningslinjer, punkt 90.

¹⁵⁴ Lévêque, (2007) s. 232.

beidskriteriet ikke nødvendigvis vil være oppfylt ved ensidig informasjonsutveksling dersom det utveksles aktuell eller historisk informasjon. Alle sakene om passivt mottak av informasjon fra konkurrenter gjelder informasjon om fremtidig, svært konkurransesensitiv atferd, som for eksempel priser. Likevel viser EU-domstolen og Førsteinstansretten konsekvent til testen i *Suiker Unie*, som også inkluderer kontakter som har til formål eller virkning å *påvirke* en faktisk eller potensiell konkurrents atferd (noe som også omfatter aktuell og historisk informasjon).¹⁵⁵ Dersom aktuell eller historisk informasjon i et konkret tilfelle er egnet til å redusere usikkerheten rundt konkurrentens fremtidige atferd, bør også en slik avsløring kunne være tilstrekkelig til å kunne utgjøre samordnet opptreden.

Hvorvidt informasjonen er ubestemt eller ikke, er videre et viktig moment.¹⁵⁶ I *Re Copelpa* hadde den nederlandske og belgiske papirindustrien gjensidig utvekslet statistiske og generelle data om salg og betalinger gjennom en handelsorganisasjon.¹⁵⁷ Kommisjonen kom til at handelsorganisasjonens innsamling av statistiske data om mengder og salg var lovlig dersom informasjonen ikke avslørte identiteten til den enkelte konkurrenten.¹⁵⁸ Ifølge praksis må minst tre foretak være involverte dersom informasjonen ikke skal anses å kunne identifisere de enkelte foretakenes salg.¹⁵⁹ I *Re Copelpa* ble imidlertid en månedlig utveksling av statistisk informasjon ansett ulovlig, ettersom den månedlige informasjonsutvekslingen bare kunne forklares med en koordinering av de involverte foretakenes atferd.¹⁶⁰

I EU-domstolens rådgivende uttalelse i *Asnef-Equifax*, som gjaldt et informasjonsutvekslingssystem der finansinstitusjoner utvekslet informasjon om sine låntakers kredittver-

¹⁵⁵ Se blant annet sak T-7/89, *Hercules mot Kommisjonen*, 1991, E.C.R. II-1711, premiss 259–260 og forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98 *British Sugar etc. mot Kommisjonen*, premiss 60.

¹⁵⁶ Kolstad mfl (2006) s. 436.

¹⁵⁷ Kommisjonens avgjørelse 77/592/EEC, 2 C.M.L.R. D28 (1977).

¹⁵⁸ Albors-Llorens (2006) s. 860.

¹⁵⁹ Kolstad mfl (2006) s. 436.

¹⁶⁰ Kommisjonens avgjørelse 77/592/EEC, 2 C.M.L.R. D28 (1977), premiss 29–32.

dighet, uttalte domstolen at konkurransebegrensningskriteriet ikke ville være oppfylt i den aktuelle saken dersom markedet ikke er konsentrert, identiteten til långiverne ikke blir avslørt og tilgangen på informasjonen er ikke-diskriminerende.¹⁶¹ I *John Deere* presiserte domstolen i tilknytning til konkurransebegrensningskriteriet at retten måtte ta hensyn til opplysningenes fortrolige karakter, detaljgrad, hyppighet i utveksling og hvorvidt informasjonen bare var gitt til konkurrenter eller også forbrukere.¹⁶²

Som påpekt av Hjelmeng, vil også privat utveksling av informasjon som også er offentlig tilgjengelig, kunne omfattes av definisjonene i *Dyestuffs* og *Suiker Unie*.¹⁶³ Etter min mening er det å strekke forbudet for langt dersom forbudet skal omfatte informasjon som er like godt tilgjengelig for kunder og andre.¹⁶⁴ Dersom informasjonen er offentlig, vil den miste sitt konfidensielle preg og ikke ytterligere redusere usikkerheten rundt konkurrentenes fremtidige atferd. Som Kommisjonen bemerker i sine retningslinjer, har foretakene heller ingen grunn til å utveksle informasjon som de kan finne andre steder.¹⁶⁵ Det avgjørende bør da bli om kundene har like lett tilgang til informasjonen som konkurrentene, og ikke er mer kostbart å få tak i for kunder enn konkurrenter.^{166, 167}

¹⁶¹ Sak C-238/05 Asnef-Equifax mot Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios, premiss 61.

¹⁶² Sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommisjonen, premiss 89.

¹⁶³ Hjelmeng (2003) s. 670.

¹⁶⁴ Se også retningslinjer, punkt 94.

¹⁶⁵ Retningslinjer, punkt 92.

¹⁶⁶ Retningslinjer, punkt 94, som likevel tar et forbehold om at det ikke helt kan utelukkes at utveksling av offentlig informasjon vil kunne lette hemmelig samordning.

¹⁶⁷ Det samme synes Hjelmeng å mene, men han uttaler at en slik utveksling neppe vil «være egnet til å begrense konkurransen hvis utsendelse til konkurrentene skjer rent rutinemessig, og konkurrentene ikke mottar informasjonen tidligere enn etterspørerne»; Hjelmeng (2003) s. 671.

3.3.2 Markedets struktur

Markedets struktur er særlig relevant ved spørsmålet om en informasjonsutveksling utgjør en selvstendig overtredelse av konkurranseloven § 10. Perfekt konkurranse er avhengig av perfekt informasjon om tilbud og etterspørsel.¹⁶⁸ Foretakene er avhengige av informasjon om konkurrentene for å konkurrere effektivt. Slik informasjon er typisk lettere tilgjengelig i gjennomsiktede markeder. Særlig i oligopoliske markeder vil gjennomsiktigheten i markedet allerede være stor. Oligopoliske markeder er kjennetegnet av få og store aktører, stabil tilbuds- og etterspørselsstruktur, homogene produkter og høye barrierer for å komme inn på markedet.¹⁶⁹ På slike markeder er det imidlertid også lettere for aktørene å samarbeide på en slik måte at det ikke manifesterer seg i noen egentlig «avtale».¹⁷⁰ Når markedet er naturlig gjennomiktig, er det derfor særlig viktig at konkurrentene tar selvstendige beslutninger om hvordan de skal opptre.¹⁷¹ Hvis en allerede gjennomiktig markedsstruktur kombineres med informasjonsutveksling, blir gjennomsiktigheten i markedet ytterligere økt til potensiell skade for konkurransen. Et gjennomiktig marked kan også gjøre det lettere for kartell-deltakere å straffe juksing.¹⁷²

Både i *John Deere* og *Asnef-Equifax* uttalte domstolen at markedsstrukturen – og om denne strukturen er konsentrert eller ikke – er av vesentlig betydning for om usikkerheten rundt konkurrentenes fremtidige atferd reduseres, og dermed for om det foreligger en konkurransebegrensning.¹⁷³ Dersom markedet er ustabilt er det ifølge retningslinjene lite sann-

¹⁶⁸ Hjelmeng (2003) s. 650.

¹⁶⁹ Hjelmeng (2003) s. 663.

¹⁷⁰ Se blant annet Jens Fejø (2009) s. 63.

¹⁷¹ Retningslinjer, punkt 78.

¹⁷² OECD (2012) s. 20.

¹⁷³ Sak C-7/95 P, *John Deere Ltd mot Kommisjonen*, premiss 88 og Sak C-238/05 *Asnef-Equifax mot Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios*, premiss 61.

synlig at en informasjonsutveksling vil kunne lette hemmelig samordning.¹⁷⁴ Også i *Suiker Unie* uttalte domstolen seg om betydningen av markedets struktur:

«In a case of this kind the question whether there has been a concerted practice can only be properly evaluated if the facts relied on by the Commission are considered not separately but as a whole, after taking into account the characteristics of the market in question.»¹⁷⁵

4 Samarbeidskriteriet og privat avsløring av konkurransesensitiv informasjon til konkurrenter

4.1 Innledning

I det følgende er spørsmålet om det foreligger en «avtale» eller «samordnet opptreden» når et foretak avslører strategisk informasjon til en konkurrent som forholder seg passiv. Utgangspunktet er at et foretak ikke blir ansvarlig for konkurrentenes ensidige handlinger.¹⁷⁶ Det hjelper imidlertid ikke å anføre at man har blitt presset til å være med på et samarbeid,¹⁷⁷ eller at de involverte foretakene ikke er jevnbyrdige med hensyn til forhandlingsposisjon eller økonomisk stilling.¹⁷⁸ Mottakeren trenger heller ikke å ha interesse av å samarbeide.¹⁷⁹ Det er likevel et vilkår at konkurrentene *bevisst* har erstattet konkurranse med ulovlig samarbeid.¹⁸⁰ Dette ser ut til å innebære et krav om forsett hos både den som gir informasjonen, og den som mottar informasjonen. For det første må den som gir informa-

¹⁷⁴ Retningslinjer, punkt 110.

¹⁷⁵ Forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mot Kommisjonen, premiss 28.

¹⁷⁶ Forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries mfl* mot Kommisjonen, premiss 1849.

¹⁷⁷ Sak T-149/89, *Tréfileurope* mot Kommisjonen, premiss 53.

¹⁷⁸ Sak C-153/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan etc.*, (2001), ECR I-6297, premiss 35.

¹⁷⁹ Forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries mfl* mot Kommisjonen, premiss 335.

¹⁸⁰ Jf. blant annet sak 48/69 *ICI* mot Kommisjonen, premiss 64 og forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mot Kommisjonen, premiss 26 og 191.

sjonen, forstå at konkurrentene vil motta den.¹⁸¹ For det andre må mottakeren av informasjon også være klar over at han mottar informasjonen direkte eller indirekte fra en konkurrent.^{182, 183} Konkurransemyndighetene vil dermed også måtte bevise at den mottatte informasjonen faktisk stammer fra en konkurrent. Bevisene må være presise og kunne bevise alle linkene som leder frem til en plausibel konklusjon.¹⁸⁴ Bevisene skal ikke vurderes isolert, men som en helhet.¹⁸⁵ Det er imidlertid ikke noe i veien for at det utelukkende blir lagt vekt på bevis som stammer fra foretaket som har gitt informasjonen.¹⁸⁶

4.1.1 Kreves det bevis for motytelse til den som gir fra seg informasjonen?

Det kan spørres hvorfor et foretak har interesse av å gi informasjon til en konkurrent hvis det ikke får noe tilbake. I *Dyestuffs* uttalte domstolen at det ikke trenger å foreligge en motytelse til den som gir fra seg informasjonen, men at fravær av motytelse kan svekke betydningen av andre bevis, såfremt bevisene ikke er helt klare.¹⁸⁷ En motytelse er imidlertid ikke nødvendig for å skape et konkurransebegrensende resultat. Et signal fra en konkurrent som reduserer usikkerheten rundt et konkurranseparameter, kan sette mottakeren i stand til å tilpasse seg informasjonen den mottar. Dersom dette skjer, kan også foretaket som har gitt informasjon, eksempelvis heve prisene uten å motta noe informasjon tilbake.¹⁸⁸ Motytelsen blir dermed en prisøkning samsvar med det som er signalisert. Avhengig av de in-

¹⁸¹ Goyder og Alborg-Llorens (2009) s. 91.

¹⁸² Se blant annet sak C-189/02, Dansk Rørindustri mfl mot Kommisjonen, premiss 143 hvor domstolen uttaler «tacitly approves of an unlawful initiative».

¹⁸³ Goyder og Alborg-Llorens (2009) s. 91.

¹⁸⁴ Forente saker T-44/02 etc, Dresdner Bank mfl mot Kommisjonen, premiss 60.

¹⁸⁵ Sak 48/69 ICI mot Kommisjonen, premiss 68 og forente saker T-25/95 etc., Cimenteries mfl mot Kommisjonen, premiss 2062.

¹⁸⁶ Forente saker T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. mfl mot Kommisjonen (PVC II), premiss 607.

¹⁸⁷ Forente saker C-40/73 etc., Suiker Unie mot Kommisjonen, premiss 190.

¹⁸⁸ Eksempelet er basert på et eksempel i retningslinjer, punkt 105.

volverte foretakenes markedsandel på det relevante markedet, kan kundene da risikere å stå uten valgalternativer. Eksempelet viser at en informasjonsutveksling kan skape konkurransebegrensende virkninger selv om det bare er ett foretak som røper strategisk informasjon til konkurrentene.¹⁸⁹ Ettersom domstolen har presumert at mottakere av konkurransesensitiv informasjon vil ta den i betraktning ved sin senere markedsopptreden, vil det imidlertid ikke kreves at initiativtakeren faktisk lykkes med å skape et koordinerende resultat.

4.2 Nærmere om passivt mottak av konkurransesensitiv informasjon fra konkurrenter

EU-domstolen har tatt hensyn til at også ensidig informasjonsutveksling kan skape et koordinerende resultat. Rettspraksis viser at foretak kan bli rammet av samarbeidskriteriet selv om de bare er passive deltakere på møter hvor det utveksles konkurransesensitiv informasjon.¹⁹⁰ Gjensidighet i form av aksept blir utledet av at en passiv mottaker ikke sier klart ifra at vedkommende ikke ønsker å motta slik informasjon.¹⁹¹ Graden av deltagelse er først og fremst relevant for størrelsen av bøtene, ikke etableringen av overtredelsen.¹⁹²

British Sugar informerte konkurrentene i et møte i 1986 om at det ville ha slutt på priskrigen dem imellom.¹⁹³ Dette ble fulgt opp av en rekke andre møter hvor British Sugar informerte konkurrentene om sine planlagte priser.¹⁹⁴ Konkurrentene hadde imidlertid ikke gitt informasjon til British Sugar.¹⁹⁵ Spørsmålet var dermed om det passive mottaket av informasjon på møtene var omfattet av vilkåret «samordnet opptreden». Retten la vekt på at den

¹⁸⁹ Se Hjelmeng (2003) s. 659.

¹⁹⁰ Se blant annet sak C-199/92 P Hüls mot Kommisjonen, premiss 150 og 155.

¹⁹¹ Se blant annet sak C-199/92 P Hüls mot Kommisjonen, premiss 155 og sak C-49/92 P, Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA, premiss 90.

¹⁹² Sak C-189/02, Dansk Rørindustri mfl mot Kommisjonen, premiss 145.

¹⁹³ Forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98 British Sugar etc. mot Kommisjonen, premiss 9.

¹⁹⁴ *ibid.* premiss 10.

¹⁹⁵ *ibid.* premiss 34 og 42.

systematiske møtevirksomheten tillot foretaket å skape et klima for visshet om konkurrentenes fremtidige prispolitikk.¹⁹⁶ Retten kom til at det forelå en samordnet opptreden:

«Moreover, by merely participating in the meetings, each participant could not fail to take account, directly or indirectly, of the information obtained during those meetings in order to determine the market policy which it intended to pursue.»¹⁹⁷

Retten uttalte at deltagelse i møter med konkurransebegrensende formål er tilstrekkelig til å bryte kartellforbudet. Dette innebærer at også konkurransesensitiv informasjon mottatt fra tredjemenn kan være risikabelt.¹⁹⁸ Også der et legitimt møte med konkurrenter tar en uventet vending, må derfor konkurrentene være påpasselige slik at de ikke forholder seg passive hvis det utveksles konkurransesensitiv informasjon.¹⁹⁹

Førsteinstansretten slo i *Cimenteries* fast at samordningskriteriet forutsetter et element av gjensidighet.²⁰⁰ Etter rettens mening er gjensidighetsvilkåret oppfylt når «one competitor discloses its future intentions or conduct on the market to another when the latter requests it or, at the very least, accepts it».²⁰¹ I saken var det mottakeren av informasjonen selv som hadde tatt initiativ til en telefonsamtale med en konkurrent. Det fantes heller ikke noe referat som kunne bevise at mottakeren tok forbehold eller avstand da konkurrenten informerte om at den skulle holde seg unna det sydafrikanske markedet. På denne bakgrunnen kom retten til at «the contacts between Lafarge and Buzzi were motivated by the element of re-

¹⁹⁶ *ibid.* premiss 60.

¹⁹⁷ *ibid.* premiss 67. Tilsvarende uttalelser finnes i en rekke andre dommer, blant annet sak T-2/89, Petrofina mot Kommisjonen, premiss 214 og sak C-49/92 P, Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA, premiss 201.

¹⁹⁸ Albors-Llorens (2006) s. 859.

¹⁹⁹ Bailey (2008) s. 193.

²⁰⁰ Forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries* mfl mot Kommisjonen, premiss 1849. Førsteinstansrettens avgjørelse ble stadfestet av EU-domstolen i forente saker C-204/00 P etc., Aalborg Portland mfl mot Kommisjonen.

²⁰¹ *l.c.*

ciprocity essential to a finding of concerted practice».²⁰² Retten fant imidlertid grunn til å presisere:²⁰³

«In those circumstances, the applicants cannot seek to reduce Lafarge's attitude during the meeting in question to the purely passive role of a recipient of the information which Buzzi unilaterally decided to pass on to it, without any request by Lafarge.»²⁰⁴

Når retten finner grunn til å presisere at mottakerens rolle under samtalen *ikke* kan reduseres til et rent passivt mottak av opplysninger som konkurrenten ensidig hadde besluttet å meddele, kan det spørres om uttalelsen kan tolkes antitetisk. Uttalelsen viser etter min mening at retten føler behov for å presisere konkret at utvekslingen ikke er ensidig, og dermed rammes av samordningsvilkåret. Hvilket resultat hadde retten kommet til dersom Lafarge ikke hadde forespurt informasjonen? Ville det da ha vært tilstrekkelig å basere en aksept på passivitet? På bakgrunn av domstolens uttalelser i en rekke saker om at passivt mottak av konkurransesensitiv informasjon i møter er tilstrekkelig for å rammes av samordningskriteriet²⁰⁵, er det imidlertid ikke grunnlag for å legge noe særlig i den konkrete uttalelsen.

Verken i rettspraksis eller Kommisjonens retningslinjer gis det imidlertid eksempler på i hvilke tilfeller en aksept ikke kan anses bevist ved ensidig, privat informasjonsutveksling. Et spørsmål er om passivt mottak av opplysninger fra konkurrenter må vurderes forskjellig alt etter om informasjonsutvekslingen er skjedd på møter eller ved andre kontaktformer. Dersom det finnes bevis for funn av en faks eller e-post med konkurransesensitiv informasjon som en konkurrent har sendt til en annen, vil det typisk være lett å bevise selve handlingen. Samtidig vil ensidig informasjonsutveksling på møter legge bedre til rette for drøftelser, slik at mottakeren har adgang til å diskutere og sikre seg at informasjonen han mot-

²⁰² *ibid.* premiss 1850.

²⁰³ *ibid.* premiss 1849 og 1850.

²⁰⁴ *ibid.* premiss 1849.

²⁰⁵ Se blant annet sak C-199/92 P Hüls mot Kommisjonen, premiss 150 og 155.

tar, er pålitelig. Bare ved å delta på et møte med konkurrenter kan det anføres at man har akseptert et initiativ til et samarbeid og dermed bør være på vakt. Testen i *Suiker Unie* og *Cimenteries* gjelder imidlertid «enhver» kontaktform.²⁰⁶ Det samme gjelder uttalelsen «tacitly approves an unlawful initiative», som domstolen har gjentatt flere ganger.²⁰⁷ Det betyr likevel ikke at den konkrete vurderingen ikke kan falle ulikt ut avhengig av hva slags kommunikasjonsform som brukes. Det avgjørende må være om kontakten er egnet til å skape en koordinering av de involverte foretakenes atferd.²⁰⁸ Nærmere bestemt er det avgjørende om en enkelt avsløring av informasjon fra en konkurrent til en annen i et konkret tilfelle reduserer usikkerhet rundt konkurrentens fremtidige atferd. Det er ikke gitt at en enkeltstående informasjonsutveksling alltid er egnet til dette, se nærmere under punkt 5.2.

I *Cimenteries* ble det lagt vekt på at Irish Cement, som hadde deltatt passivt i møter med konkurrenter hvor det ble utvekslet priser, ikke hadde bevist å ha gitt uttrykk for

«any reservation or dissent with regard to the ant-competitive purpose of those exchanges of price information, they must be considered to have subscribed to, or at least given the other participants the impression that they subscribed to the unlawful object of those exchanges».^{209, 210}

Også i andre saker som gjelder passiv deltagelse på møter med konkurransebegrensende formål, legges det vekt på at en passiv deltaker på møter har *tilsluttet* seg et konkurranse-

²⁰⁶ Se også sak 48/69 ICI mot Kommissjonen, premiss 118.

²⁰⁷ Se blant annet sak T-303/02, Westfalen Gassen Nederland BV mot Kommissjonen, premiss 124.

²⁰⁸ Evensen/Sæveraas (2009) s. 110.

²⁰⁹ Forente saker T-25/95 etc., Cimenteries mfl mot Kommissjonen, premiss 1574. Lignende uttalelser finnes i sak C-189/02, Dansk Rørindustri mfl mot Kommissjonen, premiss 143 og sak T-142/89, Böel mot Kommissjonen.

²¹⁰ Se også et lignende tilfelle i forente saker C-204/00 P etc., Aalborg Portland mfl mot Kommissjonen, premiss 323.

begrensende initiativ, ettersom man ved ikke å protestere gir de andre deltakerne et inntrykk av en solidarisk reaksjon.²¹¹ Det kan hevdes at det ved møtedeltagelse vil kunne være lettere å gi de andre deltakerne et inntrykk av tilslutning enn ved andre kontaktformer. Imidlertid synes Kommisjonen å mene at det er det samme om man mottar strategisk informasjon fra en konkurrent i møter, telefonsamtaler, per e-post, brev eller andre måter.²¹² Kommisjonen uttaler i retningslinjene:

«When a company receives strategic data from a competitor (be it in a meeting, by mail or electronically), it will be presumed to have accepted the information and adapted its market conduct accordingly unless it responds with a clear statement that it does not wish to receive such data [51].»²¹³

I *Marlines* ble deltagelse i et kartell funnet bevist ved funn av en rekke fakser mottatt fra konkurrenter som klart antydte deltagelse i et kartellsamarbeid.²¹⁴ For hver faks retten gjennomgikk i *Marlines*, fant den grunn til å fremheve at det ikke er tatt avstand fra fakse-nes innhold. Det kan hevdes – som en «fra det mer til det mindre»-betragtning – at passivitet som er tilstrekkelig til å etablere medansvar for en kartellavtale, også er relevant for informasjonsutveksling som selvstendig overtredelse – ettersom det skal mer til for å bevise deltagelse i en kartellavtale enn en enkeltstående informasjonsutveksling.²¹⁵ Dette, i tillegg til domstolens generelt utformede test i *Suiker Unie* og *Cimenteries*, tilsier at ett enkelt mottak av en faks, brev eller e-post med konkurransesensitiv informasjon fra en konkurrent er tilstrekkelig til å anse akseptkravet oppfylt hvis ikke mottakeren klart har svart tilbake at den ikke ønsker å motta slik informasjon. Når konkurrentene mottar en slik informasjon på e-post, brev eller på andre måter, vil det være naturlig å tolke signalet som en invitasjon til

²¹¹ Forente saker C-204/00 P etc., Aalborg Portland mfl mot Kommisjonen, premiss 330 og 331.

²¹² Retningslinjer, punkt 62.

²¹³ Retningslinjer, punkt 62.

²¹⁴ Sak T-56/99, *Marlines SA* mot Kommisjonen.

²¹⁵ Forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries* mfl mot Kommisjonen, premiss 4110–4113.

et konkurransebegrensende samarbeid. Rettspraksis viser også at det ikke er tilstrekkelig å ignorere den mottatte informasjonen.

I Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 ble det at et foretak hadde mottatt en e-post med prislister fra en konkurrent, ansett tilstrekkelig.²¹⁶ Informasjonsutvekslingen gikk også her kun én vei – mottakeren hadde ikke gitt noe informasjon tilbake. Informasjonsutvekslingen fant sted under en tilbudsinnhenting i tilknytning til en anbudslignende prosess, hvor det er særlig viktig at konkurrentene ivaretar sin uavhengighetsplikt. I saken hadde mottakeren skrevet ut e-posten og arkivert den i en egen prosjektmappe for det aktuelle prosjektet.²¹⁷ Dette forholdet, sammenholdt med at mottakeren ikke tok avstand fra det ulovlige initiativet, viste etter Konkurransetilsynets mening at informasjonen var akseptert. I tillegg hadde mottakeren i etterkant forhøyet flere av enhetsprisene i forhold til den opprinnelige prisoppstillingen, selv om prisen lå ca. kr 20 000 under prisen som ble antydnet i den mottatte e-posten.²¹⁸ Konkurransetilsynet argumenterte også med at den kontakten som hadde funnet sted mellom de involverte foretakene, tilsa at det har «formodningen mot seg at det ikke også har vært annen kontakt mellom partene i forbindelse med prisoppstillingen».²¹⁹

Det kan spørres hvordan konkurransereglene bør forholde seg til private oppfordringer, uten at det tilsendes konkurransesensitiv informasjon. Det forutsettes først at en konkurrent henvender seg til en annen med oppfordring om at hvis mottakeren hever sine priser 10 prosent neste morgen, så vil de følge etter. Hvis mottakeren ikke foretar seg noe som helst, kan det spørres om det foreligger tilstrekkelige bevis for gjensidighet. Ved oppfordringen får mottakeren en forsikring om at konkurrenten vil følge etter dersom oppfordringen etterkommes, og usikkerheten rundt konkurrentens fremtidige atferd blir dermed redusert. Samordningskriteriet er da oppfylt. Dersom oppfordringen ikke innebærer en slik forsikring,

²¹⁶ Konkurransetilsynets vedtak V2011-11.

²¹⁷ *ibid.* premiss 87.

²¹⁸ *ibid.* premiss 48.

²¹⁹ *ibid.* premiss 89.

men er en helt generell oppfordring til en konkurrent om at den bør heve sine priser, kan det spørres om mottakeren må protestere (det forutsettes at mottakeren faktisk ikke øker prisene). Testen i *Suiker Unie* omfatter også tilfeller der en konkurrent søker å påvirke en annen til å opptre på markedet på en bestemt måte.²²⁰ Selv om det ikke utveksles noe informasjon eller gis noen forsikring om fremtidig atferd, ligger det i situasjonens natur at en prisøkning fra mottakeren vil følges av konkurrenten. Det kan dermed hevdes at dette er tilstrekkelig til å redusere usikkerheten rundt dens fremtidige atferd. Etter min mening vil en slik generell oppfordring som er kommunisert privat fra en konkurrent til en annen – på bakgrunn av at testen i *Suiker Unie* omfatter både påvirkninger og avsløringer – mest sannsynlig oppfylle samordningskriteriet. I motsatt fall ville det kunne være lett for foretakene å omgå reglene med generelle oppfordringer uten at det utveksles informasjon. En annen sak er at dette er å strekke samarbeidskriteriet langt, slik at det kan ramme foretak som kanskje anser slike oppfordringer som plagsomme eller useriøse, og dermed ikke tenker over å protestere.

4.3 Kravet til å ta avstand

Spørsmålet er hvordan mottakeren av konkurransesensitiv informasjon kan distansere seg fra samarbeidet for å unngå å bli rammet av konkurranseloven § 10. Førsteinstansretten fastslo i *Adriatica* at det ikke er tilstrekkelig med interne instruksjoner eller retningslinjer som viser at foretaket har distansert seg. Dette er naturlig ettersom hensikten med vilkåret er å vise den som har avslørt informasjonen at man ikke ønsker å erstatte konkurranse med samarbeid. Derimot er det tilstrekkelig at foretaket klart uttrykker uenighet om det ulovlige initiativet overfor de involverte foretakene.²²¹ Det var i saken ikke tilstrekkelig at en av konkurrentene i ettertid var informert på telefon om at *Adriatica* var uenig i prisforhøyel-

²²⁰ Forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mfl mot Kommissjonen, premiss 174.

²²¹ Sak T-61/99 *Adriatica di Navigazione* mot Kommissjonen, premiss 137.

sespolitikken.²²² Avstandtakelsen måtte ha kommet klart til uttrykk på møtet eller skriftlig rett etterpå.²²³

Det er i praksis svært få foretak som har klart å bevise at de har tatt klart nok avstand.²²⁴ I *Westfalen Gassen* uttalte Førsteinstansretten at kravet må tolkes snevert.²²⁵ At foretaket ikke er enig i forslagene, er ikke tilstrekkelig.²²⁶ Det kreves en «firm and unambiguous disagreement».²²⁷ I *Aalborg* presiserte domstolen at det foretaket som hadde deltatt, enten må ha «publicly distanced itself» fra det som var diskutert på møtet eller informert konkurransemyndighetene.²²⁸ I kravet til «publicly» å ha distansert seg ligger det derimot ikke et krav om at avstandtakelsen er offentliggjort overfor alle markedsaktører. Det avgjørende er at avstandtakelsen er avgitt til de involverte konkurrentene. Retningslinjenes krav om at mottakere av konkurransesensitiv informasjon klart må svare tilbake at det ikke ønsker å motta slike opplysninger, synes derfor å være i samsvar med rettspraksis. Av bevismessige hensyn bør dette skje skriftlig. Endelig må foretaket kunne bevise at dets etterfølgende markedsopptreden har vært uavhengig av den mottatte informasjonen.²²⁹

²²² *ibid*, premiss 138.

²²³ *ibid*. premiss 138.

²²⁴ Bailey (2008) s. 178.

²²⁵ Sak T-303/02 *Westfalen Gassen Nederland BV* mot Kommisjonen, premiss 103.

²²⁶ Sak C-189/02, *Dansk Rørindustri mfl* mot Kommisjonen, premiss 55.

²²⁷ Sak T-61/99 *Adriatica di Navigazione* mot Kommisjonen, premiss 126.

²²⁸ Forente saker C-204/00 *P etc.*, *Aalborg Portland mfl* mot Kommisjonen, premiss 82 og 84.

²²⁹ Bailey (2008) s. 179.

5 Krav til årsakssammenheng mellom samordningen og atferden på markedet

5.1 Innledning

Ifølge rettspraksis forutsetter begrepet «samordnet opptreden» både en samordning, en opptreden på markedet og et krav om årsakssammenheng mellom samordningen på den ene siden og opptreden på markedet på den andre siden:

«[A] concerted practice implies, besides undertakings' concerting together, conduct on the market pursuant to those collusive practices, and a relationship of cause and effect between the two.»²³⁰

I det følgende forutsettes det at det foreligger en avsløring av konkurransesensitiv informasjon fra en konkurrent til en annen, som enten er forespurt eller akseptert av mottakeren, men at det ikke kan bevises at kontakten faktisk har påvirket mottakerens etterfølgende markedsopptreden. EU-domstolen har stilt opp en bevisbyrdepresumsjon som innebærer at dersom det utveksles konkurransesensitiv informasjon og foretaket forblir aktivt på markedet, presumeres det at foretaket har tatt i betraktning informasjonen ved senere markedsatferd.²³¹ Dette gjelder særlig når samordningen finner sted regelmessig og over en lang periode.²³² Presumsjonen kan imidlertid reverseres hvis foretakene fører motbevis for at samordningen faktisk ikke har påvirket deres etterfølgende opptreden.^{233, 234}

²³⁰ Sak C-49/92 P, Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA, premiss 118.

²³¹ Se sak C-49/92 P, Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA, premiss 121 og sak T-1/89, Rhône-Poulenc mot Kommisjonen, premiss 123.

²³² Sak C-49/92 P Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA, premiss 121 og sak C-199/92 P Hüls mot Kommisjonen, premiss 162.

²³³ Se sak C-49/92 P Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA, premiss 121.

²³⁴ Sak C-8/08, T-Mobile, premiss 51.

Presumsjonen innebærer at bevisbyrden snus fra konkurransemyndighetene til foretakene. Dette begrunnes med at mottakeren presumptivt ikke kan unngå å ta i betraktning informasjonen ved sin senere opptreden på markedet.²³⁵ Som Kommisjonen fremhever i horisontale retningslinjer, skaper derfor en utveksling av konkurransesensitiv informasjon en presumsjon om både årsakssammenheng og koordinert opptreden på markedet.²³⁶ I *Rhône-Poulenc* uttalte Generaladvokaten at utveksling av aktuelle eller fremtidige priser må anses å oppfylle vilkåret om årsakssammenheng ettersom konkurrentene da blir i stand til å vurdere markedssituasjonen med «considerable more certainty and to act accordingly».²³⁷

Dersom presumsjonen kommer til anvendelse, må foretaket for å fritas for ansvar derfor enten føre motbevis (se punkt 5.3), trekke seg fra markedet²³⁸, eller godtgjøre at det ikke foreligger en formålsrestriksjon eller faktisk eller potensiell konkurransebegrensning.

5.2 Kommer bevispresumsjonen til anvendelse ved informasjonsutveksling ved en enkelt anledning? Hvordan kan mottakeren stole på informasjonen fra konkurrentene?

I *T-Mobile* uttalte EU-domstolen kategorisk at presumsjonen kommer til anvendelse «even if the concerted action is the result of a meeting held by the participating undertakings on a single occasion.».²³⁹ Domstolens begrunnelse vitner imidlertid om en mer nyansert vurdering. Retten mente «[a]ny other interpretation would be tantamount to a claim that an isolated exchange of information between competitors *could not in any case* lead to concerted action that is in breach of the competition rules laid down in the Treaty.»²⁴⁰ (min understrekning) I stedet uttalte domstolen at informasjonsutveksling over flere møter over en

²³⁵ Se blant annet sak C-49/92 P, Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA, premiss 201.

²³⁶ Retningslinjer, punkt 62 in fine.

²³⁷ Generaladvokat Vesterdorfs forslag til avgjørelse i sak T-1/89, *Rhône-Poulenc SA* mot Kommisjonen, (1991) ECR II-867, delivered on 10 July 1991, premiss 941.

²³⁸ Bronckers (2012) s. 565.

²³⁹ Sak C-8/08, *T-Mobile*, premiss 62.

²⁴⁰ *ibid*, premiss 59.

lengre periode vil kunne være nødvendig for å bevise et mer omfattende kartellsamarbeid.²⁴¹ Imidlertid vil det kunne vært tilstrekkelig med ett enkelt tilfelle av informasjonsutveksling hvis samarbeidet bare gjelder ett enkelt konkurranseparameter.²⁴² Det avgjørende var derfor ikke antallet møter mellom foretakene, men om den aktuelle kontakten har gitt dem «opportunity to take account of the information exchanged with their competitors in order to determine their conduct on the market in question and knowingly substitute practical cooperation between them for the risks of competition».²⁴³ Det er ikke gitt at en ensidig informasjonsutveksling ved en enkelt anledning alltid er egnet til å føre til at konkurrentene bevisst erstatter konkurranse med samarbeid. EU-domstolen uttalte at ett enkelt møte – sett på bakgrunn av markedets struktur – «in principle» kan være tilstrekkelig til å føre til samarbeid.²⁴⁴ Slik Konkurransetilsynet bemerker i sitt vedtak V2011-11, vil det ved informasjonsutveksling i forbindelse med anbudskonkurranser ligge i prosessens natur at en enkelt kontakt kan være tilstrekkelig.²⁴⁵ Både *Hüls*, *Anic* og *T-Mobile* synes imidlertid å forutsette at det er tilfeller hvor bevispresumsjonen ikke kommer til anvendelse.

Bevispresumsjonen forutsetter at foretaket på bakgrunn av kommunikasjonen har hatt adgang til å ta i betraktning informasjonen og ved det bevisst erstatte konkurranse med samarbeid.²⁴⁶ I dette ligger det forutsetningsvis et krav om at foretakene må kunne stole på informasjonen de mottar. Generaladvokaten uttalte i *Woodpulp* at informasjonen må være pålitelig for at den skal kunne redusere usikkerheten rundt konkurrentens fremtidige atferd.²⁴⁷ Spørsmålet er om den mottatte informasjonen er troverdig eller ikke.

²⁴¹ *ibid*, premiss 60.

²⁴² *l.c*

²⁴³ *ibid.*, premiss 61.

²⁴⁴ Sak C-8/08, *T-Mobile*, premiss 59.

²⁴⁵ Konkurransetilsynets vedtak V2011-11, premiss 96.

²⁴⁶ Sak C-8/08, *T-Mobile*, premiss 61.

²⁴⁷ Generaladvokat Darmons forslag til avgjørelse i forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 *A. Ahlström og Osakeyhtiö m.fl. v Kommisjonen (Wood Pulp)*, [1993] ECR I-1307, 1346-1347, delivered on 7 July 1992, premiss 246.

En konkurrent har alle incentiver til å komme med uriktig informasjon til konkurrentene. Det er rett og slett ikke rasjonelt av et foretak å avsløre sann informasjon til konkurrenter.²⁴⁸ Økonomiske analyser har vist forskjellige resultater når det gjelder muligheten for å oppnå samarbeid gjennom ensidig informasjonsutveksling. Litteraturen antar at kommunikasjon kan være lite egnet til å koordinere atferd, hvis ikke informasjonen er troverdig og etterprøvbar.²⁴⁹ Det er heller ikke gitt at foretaket handler i samsvar med sine prisvarslinger. Imidlertid viser økonomiske tester at personlige relasjoner og tillit spiller en viktig rolle i å skape et koordinerende utfall, og at nettopp kommunikasjon er viktig i så måte.²⁵⁰ Å gi uriktig informasjon kan også straffe seg senere.²⁵¹ I *OECD* (2012) uttales det: «Empirical studies have also concluded that pre-play communication facilitates collusion, and particularly that the mere knowledge that one will be informed about the other players' actions can substantially enhance the likelihood of co-ordination when there is also a signal about intended play.»²⁵² Forskning har videre vist at også informasjon som ikke kan etterprøves, kan skape samarbeid med en tilnærming i prissettingen.²⁵³

Domstolens praksis synes å indikere at det ikke hjelper å anføre at det ikke er mulig å stole på konkurransesensitiv informasjon mottatt fra konkurrenter. Selv om det i utgangspunktet synes å være uten betydning hvem som har formidlet informasjonen, kan det likevel ved grensetilfeller være relevant å ta i betraktning om informasjonen eksempelvis er gitt av ansatt som ikke har innflytelse over beslutninger som er av relevans for konkurransen. Det kan ha betydning for om mottakeren må antas å ha stolt på informasjonen eller ikke, slik presumsjonen forutsetter. Dette vil også kunne bli en sentral problemstilling der foretak

²⁴⁸ OECD (2012) s. 26.

²⁴⁹ OECD (2012) s. 26.

²⁵⁰ OECD (2012) s. 27.

²⁵¹ OECD (2012) s. 27.

²⁵² OECD (2012) s. 28.

²⁵³ OECD (2010) s. 308.

utveksler informasjon gjennom tredjemann. Når informasjonen går gjennom flere ledd, kan det være mindre naturlig å presumere at mottakeren stoler på og tar i betraktning den mottatte informasjonen ved sin senere markedsopptreden.²⁵⁴ Hvorvidt informasjonen er troverdig vil også være et spørsmål ved offentlige kunngjøringer, se punkt 6.

5.3 Hva skal til for å motbevise bevispresumsjonen om årsakssammenheng?

Det er fullt mulig å argumentere at den etterfølgende opptreden på markedet er uavhengig av samordningen.²⁵⁵ Det er imidlertid svært få foretak som har klart å motbevise presumsjonen.²⁵⁶ I *Hüls* presiserte Førsteinstansretten at foretaket for å slippe unna ansvar måtte godtgjøre at informasjonen som var mottatt, «did not have any influence whatsoever on its own conduct in the market».²⁵⁷ Dette kan være svært vanskelig å bevise i praksis.²⁵⁸ Domstolen avviste slike anførsler i *Hüls* og *Anic* under henvisning til at dette måtte anses som et forsøk på å kreve at samordningen faktisk måtte ha medført konkurransebegrensende virkninger, noe som ikke er et vilkår ettersom det i saken var tale om en formålsrestriksjon.²⁵⁹ Bevispresumsjonen ser dermed ut til å være påvirket av at det i disse sakene var snakk om formålsrestriksjoner.²⁶⁰ I *Hüls* anførte foretakene at prisene ville ha vært like også i fravær av prisdiskusjonene som følge av vanskelige markedsforhold, men retten avviste argumentasjonen.²⁶¹ *Hüls* og *Anic* viser at det er svært vanskelig å vinne frem med argumenter om at den etterfølgende markedsopptreden faktisk ikke har vært påvirket av samordningen.²⁶² Også i *Cimenteries* avviste retten økonomiske bevis som ble påstått å vise at infor-

²⁵⁴ Se Odudu (2011) s. 225 flg.

²⁵⁵ Bailey (2008) s. 183.

²⁵⁶ Se eksempelvis sak T-325/01, Daimlerchrysler AG mot Kommisjonen, premiss 202–208.

²⁵⁷ Sak C-199/92 P, *Hüls* mot Kommisjonen, premiss 167.

²⁵⁸ Albors-Llorrens (2006) s. 857.

²⁵⁹ Sak C-49/92 P, Kommisjonen mot *Anic Partecipazioni SpA*, premiss 127–128.

²⁶⁰ Bailey (2008) s. 184.

²⁶¹ Bailey (2008) s. 184.

²⁶² Bailey (2008) s. 183.

masjonen faktisk ikke var tatt i betraktning ved senere markedsopptreden.^{263, 264} I *Westfalen Gassen* ble det imidlertid lagt vekt på at Westfalen ikke kunne bevise at foretaket ikke hadde fulgt opp de forholdene som ble diskutert på møtet ved senere markedsopptreden.²⁶⁵ Dette kan tyde på at resultatet kunne ha vært annerledes dersom Westfalen kunne fremskaffe slike bevis.²⁶⁶ I *Dansk Rørindustri* mente imidlertid domstolen at det var uten betydning at den saksøkte etter en passiv deltagelse på et møte med konkurransebegrensende initiativ ikke hadde økt prisene, men tvert imot senket dem.²⁶⁷ At det som regel er forgjeves å anføre at den senere markedsatferden er uavhengig av den mottatte informasjonen, har også støtte i uttalelser i *Sarrió*:

«Nor is the fact that an undertaking does not act on the outcome of a meeting having an anti-competitive purpose such as to relieve it of responsibility for the fact of its participation in a cartel, unless it has publicly distanced itself from what was agreed in the meeting.»²⁶⁸

5.4 Er nasjonale domstoler forpliktet til å anvende bevispresumsjonen? Forholdet til EMK artikkel 6 (2)

I *T-Mobile* besvarte EU-domstolen spørsmålet om også en nasjonal domstol er forpliktet til å anvende bevispresumsjonen om årsakssammenheng, eller om den kan anvende nasjonale bevisbyrdereregler.²⁶⁹ EU-domstolen tolket bevispresumsjonen inn i samordningsvilkåret,

²⁶³ Forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries mfl mot Kommissjonen*, premiss 1909 flg.

²⁶⁴ Odudu (2011) s. 229.

²⁶⁵ Sak T-303/02 *Westfalen Gassen Nederland BV mot Kommissjonen*, premiss 133.

²⁶⁶ Kyprianides (2012) s. 410.

²⁶⁷ Sak C-189/02, *Dansk Rørindustri mfl mot Kommissjonen*, premiss 138.

²⁶⁸ Sak T-334/94 *Sarrió SA mot Kommissjonen*, premiss 264-281, premiss 50. Det fremgår også av sak T-308/94 *Cascades mot Kommissjonen* (1998) ECR II-925, premiss 230 at det ikke hjelper å anføre at foretaket ikke har forholdt seg til de avtalte prisene.

²⁶⁹ Sak C-8/08, *T-Mobile*, premiss 44.

slik at de nasjonale domstolene nå er forpliktet til å anvende presumsjonen i samsvar med domstolens praksis. Det er nærliggende å anta at Høyesterett vil respektere EU-domstolens klassifisering av bevisbyrdepresumsjonen som en del av vilkåret «samordnet opptreden», selv om det i konkurranselovens forarbeider er fremhevet at norske domstoler ikke nødvendigvis trenger å følge EU-domstolen til punkt og prikke ved anvendelsen av nasjonal konkurranserett.²⁷⁰ Uskyldspresumsjonen i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (heretter «EMK») artikkel 6 (2) kan imidlertid komme til anvendelse også der materielle regler inneholder bevisregler som strider mot uskyldspresumsjonen. EMK er inkorporert i norsk rett og skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 2, jf. § 3.²⁷¹

Det er på det rene at konkurranserettslig håndheving har karakteristikk som ligner alminnelig straffeforfølgelse, og at retten til rettferdig rettergang i EMK dermed får betydning.^{272, 273} Ifølge EMDs praksis er ikke bevispresumsjoner nødvendigvis i strid med EMK artikkel 6 (2), men forplikter statene til å

«confine them within reasonable limits which take into account the importance of what is at stake and maintain the rights of the defence».²⁷⁴

Bevispresumsjoner må ifølge EMDs praksis være rimelig nødvendige for å oppnå et offentlig mål.²⁷⁵ Bevispresumsjonen om årsakssammenheng synes å være nødvendig på grunn av

²⁷⁰ NOU-2003-12. Ny konkurranselov, punkt 4.3.1.

²⁷¹ Tilsvarende gjelder imidlertid for kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53, jf. EØS-loven § 2.

²⁷² Generaladvokat Vesterdorfs forslag til avgjørelse i sak T-1/89, Rhône-Poulenc SA mot Kommisjonen, (1991) ECR II-867, delivered on 10 July 1991, premiss 885.

²⁷³ Se blant annet NOU-2003-12, s. 181 og NOU-2012-7, s. 41.

²⁷⁴ *Salabiaku v France* (Application no. 10519/83) (EMD-1983-10519), premiss 28.

²⁷⁵ Bronckers (2012) s. 566.

de bevisproblemene som samarbeid mellom konkurrenter innebærer. EMDs praksis slår imidlertid fast at det må være en effektiv adgang til motbevis.²⁷⁶

EU-domstolen slo i *Hüls* fast at bevispresumsjonen ikke er i strid med uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2).²⁷⁷ Domstolens begrunnelse for dette standpunktet etterlater imidlertid en usikkerhet om bevispresumsjonen ville gått klar av uskyldspresumsjonen dersom faktum i saken var annerledes. Domstolen la ved vurderingen vekt på at Kommisjonen hadde lagt frem tilstrekkelige bevis på at Hüls passivt hadde deltatt regelmessig i møtevirksomhet over flere år med formål å fastsette priser.²⁷⁸ I slike tilfeller er det ifølge domstolen ikke tilstrekkelig å føre bevis for at samordningen ikke har ført til en konkurransebegrensende opptreden på markedet. Ettersom *T-Mobile* bare gjaldt informasjonsutveksling i ett enkelt møte, kan det spørres hvorfor EU-domstolen ikke drøftet uskyldspresumsjonen. Grunnen kan være at det bare var en rådgivende uttalelse, og at EU-domstolen derfor forutsatte at den nasjonale domstolen måtte finne tilstrekkelige bevis for at det ene møtet hadde gitt dem muligheten til å ta i betraktning informasjonen ved senere markedsopptreden og behandle eventuelle motbevis. Da den nederlandske retten mottok EU-domstolens rådgivende uttalelse, kom den imidlertid til at det nederlandske konkurransetilsynet hadde brutt uskyldspresumsjonen ved å behandle de påståtte motbevisene til bevispresumsjonen for summarisk.²⁷⁹

²⁷⁶ Bronckers (2012) s. 544.

²⁷⁷ Sak C-199/92 P *Hüls* mot Kommisjonen, premiss 150 og 155.

²⁷⁸ Sak C-199/92 P, *Hüls* mot Kommisjonen, premiss 168.

²⁷⁹ Bronckers (2012) s. 562.

6 Samordningskriteriet og offentlig avsløring av konkurransesensitiv informasjon

6.1 Innledning

Økonomisk litteratur viser at privat avsløring av strategisk informasjon til konkurrenter har få effektivitetsgevinster.²⁸⁰ Informasjon som gjøres tilgjengelig for alle markedsaktører, eksempelvis via pressemeldinger eller gjennom media, kan derimot være egnet til å skjerpe konkurransen.²⁸¹ God informasjon senker transaksjonskostnadene for kunder ved at de lettere kan ta stilling til hvem som har det beste tilbudet uten inngående undersøkelser.²⁸² Offentliggjøring av informasjon kan også gjøre det lettere for nye aktører å komme inn på markedet.²⁸³ Økonomisk litteratur antar derfor at de positive effektene ved offentlige prisannonseringer generelt sett oppveier for faren for stilltiende samarbeid.²⁸⁴ I retningslinjene uttales det imidlertid at offentliggjøring av informasjon om historisk og aktuell atferd er mer sannsynlig til å skape effektivitetsgevinster enn informasjon om fremtidig atferd, ettersom kunder normalt ikke har behov for, eller kan stole på, et foretaks annonseringer om fremtid atferd.²⁸⁵ Offentlig avsløring av informasjon kan imidlertid også gjøre at konkurrentene tilpasser seg hverandres kunngjøringer, slik at det bidrar til stilltiende samarbeid. Konkurrentene kan også besitte detaljert kompetanse og være i stand til å tolke slik informasjon på en annen måte enn kunder og andre aktører. Konkurransetilsynets høringsuttalelse til forslaget om ny dagligvareportal i NOU 2011: 4 er illustrerende:

«Utvalget anbefaler at det opprettes en matportal som i størst mulig grad skal bidra til at den enkelte forbruker får perfekt informasjon om alle alternative valg som er tilgjengelig i

²⁸⁰ Se OECD (2012) s. 40, med videre henvisninger til økonomisk litteratur.

²⁸¹ OECD (2012) s. 12 og retningslinjer, punkt 99.

²⁸² OECD (2012) s. 25.

²⁸³ OECD (2012) s. 40.

²⁸⁴ OECD (2012) s. 25.

²⁸⁵ Retningslinjer, punkt 99 og 100.

markedet. Tilsynet vil på det sterkeste fraråde en dagligvareportal som skal gi en fullstendig og løpende oppdatert oversikt over priser fra de ulike kjedene, fordi en slik dagligvareportal vil øke faren for samarbeid betydelig. Konkurransetilsynet er imidlertid positiv til en dagligvareportal som utformes slik at den ikke legger forholdene bedre til rette for stilltiede samarbeid, f.eks. ved å benytte forsinket prisinformasjon, ved å sammenligne kjeder fremfor enkeltprodukter og ved å sammenligne ikke forutsigbare varekurver».²⁸⁶

Konkurransetilsynet peker på at det er naturlig for konkurrenter å tilpasse seg hverandres handlinger.²⁸⁷ Ettersom konkurrenter i utgangspunktet står fritt til å tilpasse seg hverandres eksisterende eller forventede atferd²⁸⁸, vil det slik Konkurransetilsynet antyder være viktig å anlegge en mer preventiv tilnærming til stilltiede samarbeid.

6.2 Når kan offentliggjøring av konkurransesensitiv informasjon bevise samordnet opptreden?

6.2.1 Parallele kunngjøringer eller tilpasninger til konkurrenters kunngjøringer

Utgangspunktet er at foretaks offentlige kunngjøringer normalt ikke vil utgjøre «samordnet opptreden».²⁸⁹ Ikke enhver offentliggjøring er imidlertid effektivitetsfremmende.²⁹⁰ Dette er tilfellet dersom offentliggjøringen innebærer en invitasjon til konkurransebegrensende samarbeid som konkurrentene på bakgrunn av sin atferd må anses å ha akseptert.²⁹¹ Med andre ord er spørsmålet om, og i så fall når, konkurrenters like kunngjøringer av fremtidige planer, tilpasninger til andre konkurrenters offentliggjøringer eller offentlig kommuniserte invitasjoner til samarbeid, kan utgjøre «samordnet opptreden». Det forutsettes at det ikke

²⁸⁶ Konkurransetilsynets høringsuttalelse til NOU-2011-4 (2011) oppsummering, punkt IV.

²⁸⁷ Odudu (2006) s. 92.

²⁸⁸ Forente saker C-40/73 etc., Suiker Unie mot Kommisjonen, premiss 174.

²⁸⁹ Hjelmeng (2003) s. 670. Det samme synes også Kommisjonen å antyde retningslinjer, punkt 63.

²⁹⁰ OECD (2012) s. 41.

²⁹¹ Retningslinjer, punkt 63.

finnes bevis for direkte kommunikasjon mellom konkurrentene, men at konkurrentene oppfører seg *som om* det forelå konkurransebegrensende avtale dem imellom eksempelvis ved like og samtidige priskunngjøringer.²⁹² En slik parallell atferd kan være et resultat av normal konkurranse, bevisst koordinering, en naturlig gjennomsliktig markedsstruktur eller andre forhold. I det følgende vil det bli redegjort for hvordan EU-domstolen har formulert den rettslige testen i et forsøk på å skille disse tilfellene fra hverandre.

Ifølge Kommisjonens retningslinjer kan det ikke utelukkes at en offentliggjøring av konkurransesensitiv informasjon kan utgjøre samordnet opptreden hvis konkurrentene følger opp med offentlige annonseringer hvor de tilpasser opplysningene etter konkurrentenes.²⁹³ Utgangspunktet er imidlertid at foretakene står fritt til å tilpasse seg konkurrentenes eksisterende eller forventede atferd.²⁹⁴ I *Dyestuffs*, som gjaldt parallelle prisøkninger og prisannonseringer på fargestoffmarkedet, uttalte domstolen at selv om parallell atferd i utgangspunktet ikke er tilstrekkelig til å bryte artikkel 81 (1), så kan det imidlertid

«amount to strong evidence of such a practice if it leads to conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market, having regard to the nature of the products, the size and number of the undertakings, and the volume of the said market».²⁹⁵

Dette gjelder særlig dersom den parallelle atferden gjør det mulig for foretakene å

«stabilize prices at a level different from that to which competition would have led, and to consolidate established positions to the detriment of effective freedom of movement of the

²⁹² Albors-Llorens (2006) s. 852.

²⁹³ Retningslinjer, punkt 63. Dette kan også ligne faktum i sak 48/69 ICI mot Kommisjonen.

²⁹⁴ Forente saker C-40/73 etc., Suiker Unie mot Kommisjonen, premiss 174. Se også Jens Fejø (2009) s. 66.

²⁹⁵ Sak 48/69 ICI mot Kommisjonen, premiss 66.

products in the common market and of the freedom of customers to choose their suppliers». ²⁹⁶

Domstolens begrunnelse er i juridisk litteratur blitt tatt til inntekt for å antyde at det er tilstrekkelig å bevise parallell atferd og avvik fra normale markedsforhold. ²⁹⁷ Domstolen unnlot imidlertid å nevne at det i saken var flere andre forhold som sterkt antydte en samordnet opptreden. For det første hadde det forekommet uformelle kontakter mellom konkurrentene. ²⁹⁸ Dette var imidlertid ikke en del av domstolens begrunnelse. ²⁹⁹ For det andre var det påfallende at prisøkningene gjaldt de samme produktene, selv om hvert av de ti foretakene produserte et svært stort antall fargestoffer. ³⁰⁰ I *Dyestuffs* var heller ikke prisannonseringene genuint ensidige, men forutsatte et samtykke av de andre produsentene i form av økte priser, og dermed et element av gjensidighet. ³⁰¹ Det må her minnes om at alle de involverte foretakene i *Dyestuffs* hadde forhåndsannonsert prisene, og at de ved tre anledninger hadde hevet prisene på samme tidspunkt og med samme prosentandeler. Domstolen fant også at prisannonseringene ikke kunne forklares på bakgrunn av naturlig gjennomsluktighet i markedet. Disse forholdene tydet etter domstolens mening på at den like markedsopptreden var et resultat av samarbeid.

²⁹⁶ Sak 48/69 ICI mot Kommissjonen, premiss 67.

²⁹⁷ Albors-Llorens (2006) s. 854.

²⁹⁸ Albors-Llorens (2006) s. 854.

²⁹⁹ Albors-Llorens (2006) s. 854.

³⁰⁰ Odudu (2006) s. 78, hvor det vises til Generaladvokat Darmons forslag til avgjørelse i forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlström g Osakeyhtiö m.fl. v Kommissjonen (Wood Pulp), [1993] ECR I-1307, 1346-1347. Opinion of Advocate General Darmon, delivered on 7 July 1992, premiss 674.

³⁰¹ Waelbroeck og Frigani (1999) s. 136.

I *Woodpulp* sto Kommisjonen uten bevis for direkte kontakter mellom de involverte foretakene.³⁰² Domstolen slo fast at kvartalsvise og samtidige prisannonseringer på cellulosemarkedet ikke i seg selv utgjorde noen overtredelse av artikkel 81 (1),³⁰³ og gjentok uttalelsen i *Suiker Unie* om at bestemmelsen ikke forbyr foretakene å tilpasse seg til konkurrentenes eksisterende eller forventede atferd.³⁰⁴ Domstolen uttalte at parallell atferd kun kan bevise samordnet opptreden hvis «concertation constitutes the *only plausible explanation* for such conduct».³⁰⁵ (min uthevning) Dette innebærer et høyt beviskrav.³⁰⁶

EU-domstolens rådgivende uttalelse i *Züchner mot Bayerische Vereinsbank AG* etterlot imidlertid en usikkerhet om EU-domstolen vil anse en parallell opptreden som konkurransebegrensende i fravær av private kommunikasjonsbevis. Flere banker tok like priser på utenlandsoverføringer, og en bankkunde mente dette var et resultat av en «avtale» eller «samordnet opptreden». I tilknytning til konkurransebegrensningskriteriet uttalte domstolen at det måtte vurderes om det forelå kontakter eller «at least» utveksling av historiske eller fremtidige priser mellom de involverte foretakene, om prisene ville ha vært like dersom markedet hadde vært preget av konkurranse, hvor mange og hvor store banker som hadde deltatt, og hvor stor del av transaksjonene som viste like priser sammenlignet med totalt antall utenlandsoverføringer.³⁰⁷ Uttalelsen kan synes å antyde at en parallell opptreden i seg selv ikke vil være tilstrekkelig uten ytterligere bevis for samordning. Dette underbygges av domstolens etterfølgende uttalelser: De like prisene på utenlandsoverføringer kunne utgjøre bevis for samordnet opptreden hvis «such parallel conduct exhibits the features of coordination and cooperation characteristic of such a practice and if that practice is

³⁰² Forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö mfl mot Kommisjonen, premiss 70.

³⁰³ *ibid.* premiss 71.

³⁰⁴ *l.c.*

³⁰⁵ *l.c.*

³⁰⁶ Albors-Llorens (2006) s. 857.

³⁰⁷ Sak C-172/80 Gerhard Züchner mot Bayerische Vereinsbank AG, premiss 21.

capable of significantly affecting conditions of competition in the market for the services connected with such transfers».³⁰⁸ Dommen ble imidlertid avsagt før *Woodpulp*, der det helt generelt ble uttalt at parallell atferd kan bevise samordnet opptreden dersom samordning er den eneste rasjonelle forklaringen på atferden.³⁰⁹ På denne bakgrunnen vil det ikke nødvendigvis kreves bevis for privat informasjonsutveksling i tillegg til parallell atferd for å bevise samordnet opptreden.

Hvis et foretak gjennom pressen informerer om sin planlagte atferd og konkurrentene tilpasser seg den annonserte atferden, fremholder enkelte forfattere at det er uavklart om det vil foreligge en «samordnet opptreden».³¹⁰ Dette var en av metodene som ble brukt av kartelldeltakerne i *Vitamin*-saken for å koordinere deltagernes prissetting. Kommisjonen beskriver:

«The parties normally agreed that one producer should first announce the increase, either in a trade journal or in direct communication with major customers. Once the price increase was announced by one cartel member, the others would generally follow suit.»^{311, 312}

Eksempelet viser at også ensidige, offentlige priskunngjøringer kan skape et koordinerende resultat, og samordningskriteriet bør i samsvar med dens legislative begrunnelse fange opp alle praktisk mulige samarbeidsformer. Det avgjørende blir da en vurdering av om samordning er den eneste plausible forklaringen på tilpasningen til kunngjøringen. Etter min mening vil dette først og fremst være tilfelle dersom det skjer en tilpasning ved flere anledninger og det ikke finnes andre rasjonelle forklaringer på tilpasningene. I motsatt fall vil det

³⁰⁸ Sak C-172/80 Gerhard Züchner v Bayerische Vereinsbank AG, premiss 22.

³⁰⁹ Forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlstrøm Osakeyhtiö mfl mot Kommisjonen, premiss 71.

³¹⁰ Fejø (2009) s. 66.

³¹¹ Kommisjonens avgjørelse i OJ 2003 L 6/1.

³¹² OECD (2012) s. 46.

være naturlig å gå ut fra at det foreligger en lovlig tilpasning til konkurrentenes eksisterende eller forventede atferd.³¹³

6.2.2 Særlig om offentliggjøring av invitasjoner til samarbeid

At konkurrentene forholder seg passive ved offentlige kunngjøringer av strategisk informasjon fra konkurrenter, kan som et klart utgangspunktet ikke etablere en samordnet opptreden. Etter min mening kan dette likevel ikke helt utelukkes dersom kunngjøringen avslører svært konkurransesensitiv informasjon om fremtidig atferd som kundene ikke har noen nytte av, og avsløringen innebærer en klar samarbeidsinvitasjon til en spesiell konkurrent som forholder seg passiv. Dette kan være en måte å prøve å omgå samarbeidskriteriet på, ved å avsløre informasjon offentlig istedenfor privat.^{314, 315} De minnes om at testen i *Suiker Unie* også omfatter påvirkninger av konkurrenter gjennom indirekte kontakter. Det kan dermed ikke utelukkes at foretakene må ta avstand fra initiativet for å unngå ansvar.³¹⁶ I OECDs rapport *Unilateral Disclosure of Information With Anticompetitive Effects* er det eksemplifisert følgende typetilfeller hvor offentlige kunngjøringer kan anses som en invitasjon til konkurransebegrensende samarbeid:

«This would generally be the case of announcements which: (i) contain not only information which must, as a matter of commercial policy, be conveyed to customers but also information which is not intended for that audience, for example including references to specific competitors; (ii) disclose more information than is strictly necessary for the purpose of the announcement; (iii) make the behavior announced contingent on what other market

³¹³ Forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mot Kommisjonen, premiss 174.

³¹⁴ Hjelmeng uttaler: «Det at kontakten skjer gjennom det offentlige rom, kan iallefall ikke på prinsipielt grunnlag utelukke anvendelsen av kartellforbudet», sitert fra Hjelmeng (2003) s. 670.

³¹⁵ Se også OECD (2012) s. 49.

³¹⁶ Se også OECD (2012) s. 13.

players or the industry at large will do; and (iv) include threats (e.g. a price war) in case other market players do not accept the invitation to collude.»³¹⁷

6.2.3 Når er en offentliggjøring av konkurransesensitiv informasjon egnet til å redusere usikkerheten i markedet og skape et koordinerende resultat?

Det kan spørres om en offentliggjøring av informasjon er egnet til å redusere usikkerheten i markedet. Når et foretak kunngjør sine fremtidige priser, er det ikke gitt at de vil følge det opp. Domstolen uttalte i *Dyestuffs* at vilkåret «samordnet opptreden» har til formål å beskytte «the risks of competition».³¹⁸ Domstolen fant grunn til å presisere at handlingene ikke var spontane.³¹⁹ Om hvor mye usikkerheten må reduseres for å oppnå et koordinerende resultat i form av prisøkninger, uttalte domstolen at foretakene må ha eliminert «all uncertainty as to each other's conduct regarding the essential elements of that action, such as the amount, subject-matter, date and place of the increases».³²⁰ Det samme synes å følge av *Woodpulp*, hvor domstolen i subsumsjonen presiserte at konkurrentene i saken ikke kunne være *sikre* på konkurrentenes fremtidige handlinger. Økonomisk teori og økonomiske eksperimenter har vist at hyppige, ikke-bindende prissignaler har en tendens til å øke prisene, mens det er usannsynlig at prisavsløringer som forekommer sjelden (for eksempel ett prisforslag per periode), vil kunne ha en varig effekt på fremtidige priser.³²¹ På denne bakgrunnen kan det ut til at det skal mer til for at offentlige avsløringer skal redusere usikkerheten rundt konkurrentenes fremtidige atferd enn hva tilfellet er ved privat informasjonsutveksling, hvor kommunikasjonen har en mer fortrolig karakter. Hvis prissignalene ikke er bindende er det også mindre naturlig at konkurrentene vil ta hensyn til dem ved sin

³¹⁷ OECD (2012) s. 42.

³¹⁸ Sak 48/69 ICI mot Kommisjonen, premiss 67. Se Odudu (2011) s. 221.

³¹⁹ Sak 48/69 ICI mot Kommisjonen, premiss 104.

³²⁰ *ibid.* premiss 118.

³²¹ OECD (2012) s. 28. Studien det vises til, gjelder offentlig avsløring av priser og ikke privat avsløring av informasjon til konkurrenter.

senere markedsopptreden. Ved offentlig avsløring av konkurransesensitiv informasjon vil også Kommisjonen vurdere forholdet etter artikkel 101 (3) TFEU.³²²

Dette underbygger at offentlige prissignaler som konkurrentene på ulike måter tilpasser seg til, eksempelvis ved å følge opp med lignende kunngjøringer, kan utgjøre en samordnet opptreden – særlig dersom det forekommer på en simultan måte ved flere anledninger og det ikke finnes en annen plausibel forklaring på atferden.³²³ I samsvar med hva tilfellet er i amerikansk konkurranserett, kan det også anføres at eksempelvis parallelle kunngjøringer som sterkt avviker fra normale forretningsbeslutninger – tatt i betraktning tilbuds- og etterspørselsstrukturen på markedet – kan være tilstrekkelige bevis i fravær av andre rasjonelle forklaringer.

6.3 Hva kan utgjøre en alternativ forklaring på den parallelle atferden?

I *Woodpulp* mente domstolen at de kvartalsvise prisannonseringene i et bransjetidsskrift var et rasjonelt svar på kjøpernes og selgernes behov for risikoplassering og markedets naturlige gjennomsiktighet.^{324, 325} Informasjonen var offentliggjort og dermed tilgjengelig for både kunder, konkurrenter og andre³²⁶, i tillegg til at partene ikke hadde noen forpliktelse til å følge de annonserte prisene.³²⁷ Gjennomsiktigheten i markedet kunne forklare at prisannonseringene skjedde samtidig, og prisligheten kunne forklares med markedets oligopo-

³²² Retningslinjer, punkt 59.

³²³ Forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö mfl mot Kommisjonen, premiss 71.

³²⁴ *ibid.* premiss 126

³²⁵ Evensen/Sæveraas (2009) s. 113.

³²⁶ Forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö mfl mot Kommisjonen, premiss 64.

³²⁷ OECD (2012) s. 41.

liske struktur.^{328, 329} Det forelå dermed en alternativ forklaring på den parallelle opptreden.

Domstolens alternative forklaring illustrerer viktigheten av markedsstrukturen ved vurderingen av prissignalering. Særlig i oligopoliske markeder vil det kunne gå svært kort tid fra en prisnedsettelse til alle andre tilbydere følger etter og senker prisene og dermed reduserer profitten.³³⁰ Dette kan medføre fare for en såkalt terrorbalanse hvor konkurrentene forsøker å tilpasse seg hverandre uten å ta initiativ til å heve eller senke prisene.³³¹ På oligopoliske markeder vil det samtidig kunne være lettere å opprettholde et kollektivt resultat.³³² Konkurransereglene er imidlertid maktesløse til å håndtere oligopoliske markedsstrukturer i seg selv.³³³ I slike markeder må konkurransemyndighetene derfor være påpasselige slik at de ikke rammer parallell atferd som er en del av markedets naturlige gjennomsiktighet.³³⁴ Både *Woodpulp* og formuleringen av den rettslige testen i *Suiker Unie* viser at domstolen tar hensyn til dette. EU-domstolen har fastslått at parallell markedsatferd som oppstår på grunn av naturlig gjennomsiktighet i markedet, ikke er i strid med artikkel 101 TFEU.³³⁵ Det må derfor tas stilling til om en parallell opptreden i et konkret tilfelle er en følge av markedets naturlige gjennomsiktighet. Dersom markedet er ustabilt er det også mindre sannsynlig at selv hyppige og simultane offentliggjøringer av konkurransesensitiv informasjon vil føre til stilltiende samarbeid mellom konkurrenter.³³⁶ Markedets stabilitet ble også vektlagt i *John Deere*, som riktignok gjaldt et tilfelle av privat informasjonsutveksling.³³⁷

³²⁸ Forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlström Osaakeyhtiö mfl mot Kommissjonen, premiss 126.

³²⁹ Evensen/Sæveraas (2009) s. 113.

³³⁰ Kolstad mfl (2006) s. 236.

³³¹ Evensen/Sæveraas (2009) s. 112.

³³² Whish (2012) s. 563.

³³³ Jones (1993) s. 278.

³³⁴ Sak C-8/08, T-Mobile, avsnitt 33 og 40 og Whish (2012) s. 566.

³³⁵ Jf. forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mot Kommissjonen, premiss 174.

³³⁶ Retningslinjer, punkt 110.

I *Woodpulp* hadde også priskunngjøringene en legitim begrunnelse, ettersom kundene hadde behov for informasjon og var sendt på deres forespørsel.³³⁷ Dersom kundene har et rasjonelt behov for forutsigbarhet med hensyn til fremtidige priser, bør dette i samsvar med *Woodpulp* være en rasjonell forklaring. Det må imidlertid legges vekt på om informasjon om fremtidig atferd i et konkret tilfelle er nyttig for kunder. Ifølge økonomisk litteratur vil dette først og fremst kunne være tilfellet dersom kunngjøringene utgjør bindende prisvarslinger.³³⁸ På den annen side var prisvarslingenes ikke-bindende natur et forhold som gjorde at domstolen mente varslingene ikke ga grunnlag for samordning i *Woodpulp*.³³⁹

Et foretaks tilpasning til konkurrenters kunngjøringer kan også være et rasjonelt svar på konkurrentenes handlinger, og dermed et resultat av naturlig konkurranse. I *Suiker Unie* uttalte EU-domstolen at «[t]he fact that a vendor aligns his price on the highest price charged by a competitor is not necessarily evidence of a concerted practice but may be explained by an attempt to obtain the maximum profit.»³⁴⁰

Parallele prisannonseringer kan videre være et resultat av prislederskap fra et foretak med stor markedsmakt.³⁴¹ I *Zink Producer Group* uttalte Kommisjonen at parallell atferd på grunn av prislederskap i et oligopolisk marked ikke i seg selv ville være tilstrekkelig bevis for samordnet opptreden.³⁴²

³³⁷ Sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommisjonen, premiss 88.

³³⁸ OECD (2012) s. 181.

³³⁹ OECD (2012) s. 41.

³⁴⁰ Forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö mfl mot Kommisjonen, premiss 77.

³⁴¹ Forente saker C-40/73 etc., Suiker Unie mot Kommisjonen, premiss 285.

³⁴² Jones (1993) s. 276.

³⁴³ OJ (1984) L 220/27, (1985) 2 CMLR 101, premiss 75–76.

Dersom det fra de anklagede foretakene hevdes å være en rasjonell forklaring på en lik markedsopptreden, må konkurransemyndighetene motbevise dette.³⁴⁴ *Woodpulp* løser imidlertid ikke spørsmålet om hvor sterke bevis som må til for at konkurransemyndighetene skal anses å ha motbevist anførsler om mulige rasjonelle forklaringer.³⁴⁵ I *Rhein zinc* fant EU-domstolen at en leveringsnektelse kunne forklares på bakgrunn av kundenes betalingsproblemer og derfor ikke kunne underbygge indisier om parallell atferd som samordnet opptreden.³⁴⁶ Om beviskravene uttalte domstolen at Kommisjonen må bevise at «the facts established cannot be explained other than by concerted action by the two undertakings».³⁴⁷ Dette innebærer at det er tilstrekkelig at saksøkte beviser «circumstances which cast the facts established by the Commission in a different light and which thus allow another explanation of the facts».³⁴⁸ Uttalelsen tilsier etter min mening at det skal mye til for at konkurransemyndighetene skal kunne motbevise anførsler om rasjonelle forklaringer. Ettersom samordning både ifølge *Rhein zinc* og *Woodpulp* må være *den eneste* rasjonelle forklaringen på atferden, taler dette i seg selv for at bevisene må være sterke.

7

Oppsummering

Som vist har Førsteinstansretten og EU-domstolen tolket samordningskriteriet svært vidt. Det er tilstrekkelig med en direkte eller indirekte gjensidig kontakt mellom konkurrenter som reduserer usikkerheten rundt minst ett av foretakenes fremtidige atferd på markedet.³⁴⁹

³⁴⁴ Jones (1993) s. 277.

³⁴⁵ Jones (1993) s. 277.

³⁴⁶ Sak 29-30/83, *Rhein zinc* mot Kommisjonen, premiss 12–23.

³⁴⁷ *ibid.* premiss 16.

³⁴⁸ *l.c.*

³⁴⁹ Forente saker C-40/73 etc., *Suiker Unie* mot Kommisjonen, premiss 174 og forente saker T-25/95 etc., *Cimenteries mfl.* mot Kommisjonen, premiss 1849.

³⁵⁰ På den måten vil konkurrentene settes i stand til bevisst å erstatte konkurranse med samarbeid. Hva slags informasjon som er utvekslet og det aktuelle markedets struktur vil være momenter av vesentlig betydning ved vurderingen av om informasjonsutvekslingen er egnet til å redusere usikkerheten rundt konkurrentens fremtidige atferd.

EU-domstolen har tatt hensyn til at også ensidig informasjonsutveksling kan skape et koordinerende resultat. Rettspraksis viser at et foretak kan bli rammet av samarbeidskriteriet selv om det bare passivt mottar konkurransesensitiv informasjon fra en konkurrent på et møte eller andre måter.³⁵¹ Gjensidighet i form av aksept blir utledet av at en passiv mottaker ikke sier klart ifra at vedkommende ikke ønsker å motta slik informasjon.³⁵² Ettersom domstolen har presumert at mottakere av konkurransesensitiv informasjon vil ta den i betraktning ved senere markedsopptreden, vil det som hovedregel heller ikke kreves at de involverte foretakene faktisk lykkes med å skape et koordinerende resultat. All kontakt mellom konkurrenter som gjelder konkurransesensitiv informasjon, er dermed risikabelt.³⁵³

Selv om domstolen ikke har uttalt det eksplisitt, følger det av dens begrunnelser i en rekke saker at det er en nær sammenheng mellom vurderingen av om en informasjonsutveksling er egnet til å skape koordinasjon, og vurderingen av om informasjonsutvekslingen er egnet til å påvirke konkurransen.^{354, 355} Privat utveksling av fremtidige priser eller mengder mel-

³⁵⁰ Albors-Llorens (2006) s. 872.

³⁵¹ Se blant annet sak C-199/92 P Hüls mot Kommisjonen, premiss 150 og 155.

³⁵² Se blant annet sak C-199/92 P Hüls mot Kommisjonen, premiss 155 og sak C-49/92 P, Kommisjonen mot Anic Partecipazioni SpA, premiss 90.

³⁵³ Albors-Llorens (2006) s. 873.

³⁵⁴ Kolstad mfl (2006) s. 236 og Odudu (2006) s. 86–87.

³⁵⁵ Se blant annet sak T-7/89, Hercules mot Kommisjonen, premiss 259–260, forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98 British Sugar etc. mot Kommisjonen, premiss 60 og sak T-1/89, Rhône-Poulenc mot Kommisjonen, premiss 122 og 123.

lom konkurrenter vil normalt utgjøre en formålsrestriksjon.³⁵⁶ I de tilfellene hvor det ikke gjelder privat utveksling av fremtidige priser eller mengder, må det som hovedregel foretas en virkningsvurdering.³⁵⁷ Det avgjørende vil da være en grundig vurdering av om informasjonsutvekslingen har en aktuell eller potensiell³⁵⁸ innvirkning på konkurranseparameterne på markedet.

Når et foretak offentliggjør sine fremtidige planer, eksempelvis via pressemeldinger eller gjennom media, er det normalt ikke tale om en samordnet opptreden.³⁵⁹ Økonomisk litteratur antar at de positive effektene ved offentlige prisannonseringer generelt sett oppveier for faren for stilltiende samarbeid, ettersom kundene da lettere kan ta stilling til hvem som har det beste tilbudet og fordi det letter muligheten for nye aktører å komme inn på markedet.³⁶⁰ Imidlertid kan offentlige kunngjøringer kunstig øke gjennomsiktigheten i markedet og bidra til stilltiende samarbeid ved at konkurrentene tilpasser seg informasjonen. Utgangspunktet er at foretakene står fritt til å tilpasse seg hverandres eksisterende eller forventede atferd.³⁶¹ Parallell atferd i form av eksempelvis like priskunngjøringer kan bare utgjøre bevis på «samordnet opptreden» hvis samordning er den *eneste* plausible forklaringen på atferden.³⁶² Dette innebærer et høyt beviskrav.³⁶³ Det må da tas stilling til om atferden kan forklares med markedets eventuelle naturlig gjennomsiktige struktur, kundenes behov for informasjon eller andre forhold.

³⁵⁶ Se blant annet forente saker T-25/95 etc., Cimenteries mfl mot Kommisjonen og retningslinjer, punkt 73 og 74.

³⁵⁷ Se for eksempel sak C-238/05 Asnef-Equifax mot Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios, samt retningslinjer, punkt 75–94.

³⁵⁸ Sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommisjonen, premiss 77.

³⁵⁹ Hjelmeng (2003) s. 670.

³⁶⁰ OECD (2012) s. 25.

³⁶¹ Forente saker C-40/73 etc., Suiker Unie mot Kommisjonen, premiss 174.

³⁶² Forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlström Osaakeyhtiö mfl mot Kommisjonen, premiss 71.

³⁶³ Albors-Llorens (2006) s. 857.

8

Litteraturliste

Regelverk:

Norsk lovgivning:

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), 5. mars 2004 nr. 12.

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven), 27. november 1992 nr 109.

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), 21. mai 1999 nr 30.

Konvensjoner:

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Signed at Rome on 4 November 1950.

EU:

Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap (Romatraktaten) av 25. mars 1957 artikkel 81. Nå: The Treaty on the Functioning of the European Union artikkel 101.

Forordning (EF) nr. 1/2003.

EØS:

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen), 2. mai 1992.

Forarbeider:

NOU-2003-12 Ny konkurranselov.

NOU-2011-4 Mat, makt og avmakt - om styrkeforholdene i verdikjeden for mat.

NOU-2012-7 Mer effektiv konkurranselov.

Ot.prp. nr. 6 2003–2004 A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD):

Salabiaku v. France (Application no. 10519/83) (EMD-1983-10519), The European Court of Human Rights, Strasbourg.

EU-domstolen:

Sak 56/65, Société Technique Minière mot Maschinenbau Ulm GmbH (1966) ECR 337.

Sak 23/67, Brasserie de Haecht mot Wilkin-Janssen (1967) ECR 407.

Forente saker C-48/69, 49 og 51-57/69 Imperial Technical Industries mot Kommisjonen (1972) ECR 619.

Sak C-41/69 ACF Chemiefarma mot Kommisjonen (1970) ECR 661.

Forente saker 40/73 to 48/73, 50/73, 54/73 to 56/73, 111/73, 113/73 and 114/73 Suiker Unie mot Kommisjonen (1975) ECR 1663.

Sak C-172/80 Gerhard Züchner mot Bayerische Vereinsbank AG (1981) ECR 2012.

Sak 107/82, AEG Telefunken mot Kommissjonen (1983) ECR 3151.

Forente saker 29-30/83 Compagnie Royale Austrienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission (1984) ECR 1679.

Sak 42/84, Remia mot Kommissjonen (1985) ECR 2545.

Sak 277/87, Sandoz Prodotti Farmaceutici mot Kommissjonen (1990) ECR I-45.

Forente saker C-89, 104, 114, 116, 117, 125-129/85, Ahlström Osakeyhtiö mot Kommissjonen (Wood Pulp), (1993) ECR I-1307.

Sak C-7/95 P, John Deere Ltd mot Kommissjonen (1998) ECR I-3111.

C-185/95 P Baustahlgewebe GmbH mot Kommissjonen (1998) ECR I-8417.

Sak C-49/92 P Kommissjonen mot Anic Partecipazioni SpA (1999) ECR I-4125.

Sak C-199/92 P Hüls AG mot Kommissjonen (1999) ECR I-4287.

Forente saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P Aalborg Portland A/S mfl mot Kommissjonen (2005) ECR I-123.

Sak C-189/02, Dansk Rørindustri mfl mot Kommissjonen (2005) ECR I-5425.

C-238/05 Asnef-Equifax mot Asociacion de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) (2006) ECR I-11125.

Sak C-8/08 T-Mobile Netherlands BV mfl mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (2009) ECR I-4529.

Førsteinstansretten:

Sak T-2/89, Petrofina mot Kommisjonen (1991) ECR 1087.

Sak T-7/89, Hercules Chemicals NV SA mot Kommisjonen (1991) ECR II-1711.

Sak T-1/89, Rhône-Poulenc SA mot Kommisjonen (1991) ECR II-867.

T-15/89 Chemie Linz AG mot Kommisjonen (1992) II-1275.

Sak T-141/89 Tréfileurope Sales SARL mot Kommisjonen (1995) ECR-791.

T-142/89 Boël mot Kommisjonen (1995) ECR II-867.

Sak T-334/94 Sarrió SA mot Kommisjonen (1998) ECR II-1439.

Forente saker T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mot Kommisjonen (1998) ECR II-3141.

Sak T-308/94 Cascades mot Kommisjonen (1998) ECR II-925.

Forente saker T-305/94 til T-307/94, T-313/94 til T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94 Limburgse Vinyl Maatschappij mfl. mot Kommisjonen (1999) ECR II-931.

Forente saker T-25/95 etc., SA Cimenteries mfl mot Kommisjonen (2000) ECR II-491.

Sak T-41/96, Bayer AG mot Kommisjonen (2000) ECR II-3383.

Sak T-62/98, Volkswagen AG mot Kommisjonen (2000) ECR II-2707.

Forente saker T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle, British Sugar Plc, Napier Brown & Co. Ltd mot Kommisjonen (2001) ECR II-2035.

Sak T-61/99 Adriatica di Navigazione mot Kommisjonen (2003) ECR II-5349.

Sak T-56/99, Marlines SA mot Kommisjonen (2003) ECR II-5225.

Sak T-279/02, Degussa mot Kommisjonen (2006) ECR II-897.

Forente saker T-44/02 etc, Dresdner Bank mfl mot Kommisjonen (2006) ECR II-3567.

Generaladvokatens forslag til avgjørelser:

Generaladvokat Mayras forslag til avgjørelse i sak 48/69 Imperial Technical Industries mot Kommisjonen (1972) ECR 619, delivered on 2 May 1972.

Generaladvokat Mayras forslag til avgjørelse i forente saker C-40/73 etc., Suiker Unie, (1975), ECR 1663, delivered on 16 June 1975.

Generaladvokat Vestendorfs forslag til avgjørelse i sak T-1/89, Rhône-Poulenc SA mot Kommisjonen, (1991) ECR II-867, delivered on 10 July 1991.

Generaladvokat Darmons forslag til avgjørelse i forente saker C-89/85, C-104, C-114, C-116, C-117 og C-125-129/85 A. Ahlstrøm g Osakeyhtiö m.fl. v Kommisjonen (Wood Pulp), [1993] ECR I-1307, 1346-1347, delivered on 7 July 1992.

Generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-8/08, T-Mobile, delivered on 19 February 2009.

Kommisjonens avgjørelser:

Kommisjonens avgjørelse 77/592/EEC, 2 C.M.L.R. D28 (1977).

Kommisjonens avgjørelse, *UK Agricultural Tractor Exchange*, OJ 1992, L 68/19.

Kommisjonens avgjørelse, *Vitamins*, OJ 2003, L 6/1.

Andre publikasjoner:

EFTAs Overvåkingsorgans bagatellmeddelelse: Kunngjøring fra EFTAs overvåkingsorgan om avtaler av mindre betydning som ikke merkbart begrenser konkurransen i henhold til EØS avtalens artikkel 53 nr. 1 (de minimis). 2003/EØS/15/03. Tilsvarende Kommisjonens bagatellmeddelelse, EFT 2001/C 368/07.

Kommisjonens horisontale retningslinjer: «Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements» (2011) OJ C 11/1.

Norsk rettspraksis:

Rt. 2012 s. 1556

Bøker:

Evensen, Harald og Sæveraas, Eivind, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 1. utgave, Gyldendal Norsk Forlag, 2009.

Fejø, Jens, *EU-konkurrenserett, Almindelig Del*, 4. utgave, 2009.

Goyder, Johanna og Albors-Llorens, Albertina, *Goyder's EC Competition law*, 5th Edition, 2009.

Kolstad, Olav, Ryssdal, Anders, Graver, Hans Petter, Hjelmeng, Erling: *Norsk Konkurranserett, Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, Universitetsforlaget, Oslo, 2006.

Odudu, Okeoghene, *The Boundries of EC Competition Law*, Oxford, New York, 2006.

Waelbroeck, Michel og Frignani, Aldo, *European Competition Law*, translated by Francoise Gamet-Pol, Transnational Publishers, Inc., 1999.

Whish, Richard og Bailey, David, *Competition Law*, Oxford, 7th Edition, 2012.

Artikler:

Albors-Llorens, Albertina: *Horizontal Agreements and Concerted Practices in EC Competition Law: Unlawful and Legitimate Contacts Between Competitors*;; 2006, Antitrust Bulletin, Volume 51 nr. 4. Winter 2006, s. 837.

Bailey, David: *"Publicly Distancing" Oneself from a Cartel*, World Competition: Law and Economics Review, Volume 31, Number 2, June 2008, s. 177–203.

Bronckers, Marco and Vallery, Anne, *No Longer Presumed Guilty: The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law* (January 10, 2012). World Competition: Law and Economics Review, Vol. 34, No. 4, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1982579>

Lastet ned 6. februar 2013 kl. 14.14.

Dergisi, Rekabet, *The Evaluation of the Presumption of Concerted Practices in the Turkish Competition Act and of its Utilization under the Case Law of the European Court of Justice*, Competition Journal, Competition Authority Releases Number 39 July 2009 10(3): s. 67–114.

http://www.actecon.com/PDF/Balki_Uyumlu_Eylem_Karinesi.pdf

Lastet ned 3. mars 2013, kl 14.15.

Gerbrandy, Anna: Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, *Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 4 June 2009*, nyr, *Common Market Law Review* 2010 Vol.47 N° 4, s. 1199-1220.

Hjelmeng, Erling, *Informasjonsutveksling mellom konkurrenter of kartellforbudet i EØS-avtalen*, (2003), *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2003 s. 648 (TfR 2003 s. 648), Universitetsforlaget.

Meyring, Bernd, *T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors Case C-8/08 T-Mobile Netherlands and others [2009] ECR 0000*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2010, Vol. 1, No. 1, s. 30–32.

<http://jeclap.oxfordjournals.org/content/1/1/30.full.pdf+html>

Lastet ned 30. januar 2013, kl 12.20.

Jones, Alison, *Woodpulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism?*, *European Competition Law Review*, 1993, 14(6), s. 273-279.

Kyprianides, George, *Critically evaluate treatment of information exchange in TFEU article 101 cases*, *European Competition Law Review*, 2012, 33(9), s. 406-412.

Lévêque, François, *UK Tractors, Paris Luxury Hotels and French Mobile Telephony Operators: Are All Oligopoly Information Exchanges Bad for Competition?*, 2007, *World Competition* 30(2): s. 231–241.

Odudu, Okeoghene, *Indirect Information Exchange: The Constituent Elements of Hub and Spoke Collusion*, *European Competition Journal*, 2011, ecj vol. 7 no 2, s. 205–242.

Wagner-von Papp, Florian, *Information Exchange Agreements* (March 4, 2012). Chapter in Damien Geradin & Ioannis Lianos (eds.), *Research Handbook on EU Antitrust Law*, Ed-

ward Elgar Publishing, Forthcoming:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2015674
Lastet ned 11. mars 2013, kl. 14.05.

Andre dokumenter:

van Beal & Bellis, *Draft R&D Block Exemption Regulation Draft Specialisation Block Exemption Regulation Draft Horizontal Guidelines*, 25 June 2010:
http://ec.europa.eu/competition/consultations/2010_horizontals/vanbaelbellis_en.pdf Lastet ned 20. mars 2013, kl. 16.38.

OECDs rapport: *Facilitating Practices in Oligopolies*, 2007:
<http://www.oecd.org/daf/competition/41472165.pdf>
Lastet ned 7. februar 2013, kl 16.39.

OECDs rapport: *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, 2010:
<http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>
Lastet ned 3. februar 2013 kl 09.32.

OECDs rapport: *Unilateral Disclosure of Information with Anticompetitive Effects*, 2012:
<http://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>
Lastet ned 26. januar 2013, kl. 14.46.

Grassani, Stefano, *Exchanges of Information and the New Horizontal Guidelines: Barolo or Beaujolais?* Kluwer Competition Law Blog, 20 December 2010.
<http://kluwercompetitionlawblog.com/2010/12/20/exchanges-of-information-and-the-new-horizontal-guidelines-barolo-or-beaujolais/>
Lastet ned 22.01.2013 kl 12.50.

Fighting cartels, det svenske konkurranseverket:
<http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/ENG/Publications/3rdnordic010412.pdf>

Lastet ned 21. januar 2013 kl 15.07

Konkurransetilsynets høringsuttalelse til NOU-2011-4 *Mat, makt og avmakt – om styrkeforholdene i verdikjeden for mat*, 30.11.2011.

http://www.regjeringen.no/pages/16798593/051_Konkurransetilsynet.pdf

Lastet ned 23. februar 2013, kl 12.30.

Konkurransetilsynets vedtak V2011-11 – IcopalTak AS – Fløysland Tak AS – konkurranse-loven § 29, jf. § 10 – vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr, 30.06.2011.

http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_5065/cf_5/V2011-11_-_offentlig_versjon-.PDF

Lastet ned 15. februar 2013, kl. 14.50.

Jetlund, Hanna, *Samarbeidskriteriet i konkurranse-loven § 10: Grensen mot ensidige handlinger*, Masteroppgave [Oppgaven tar for seg grensen mot ensidig atferd i vertikale forhold] 05.09.2008. <https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/21594/72943.pdf?sequence=3>

Lastet ned 3. februar 2013, kl. 08.26.